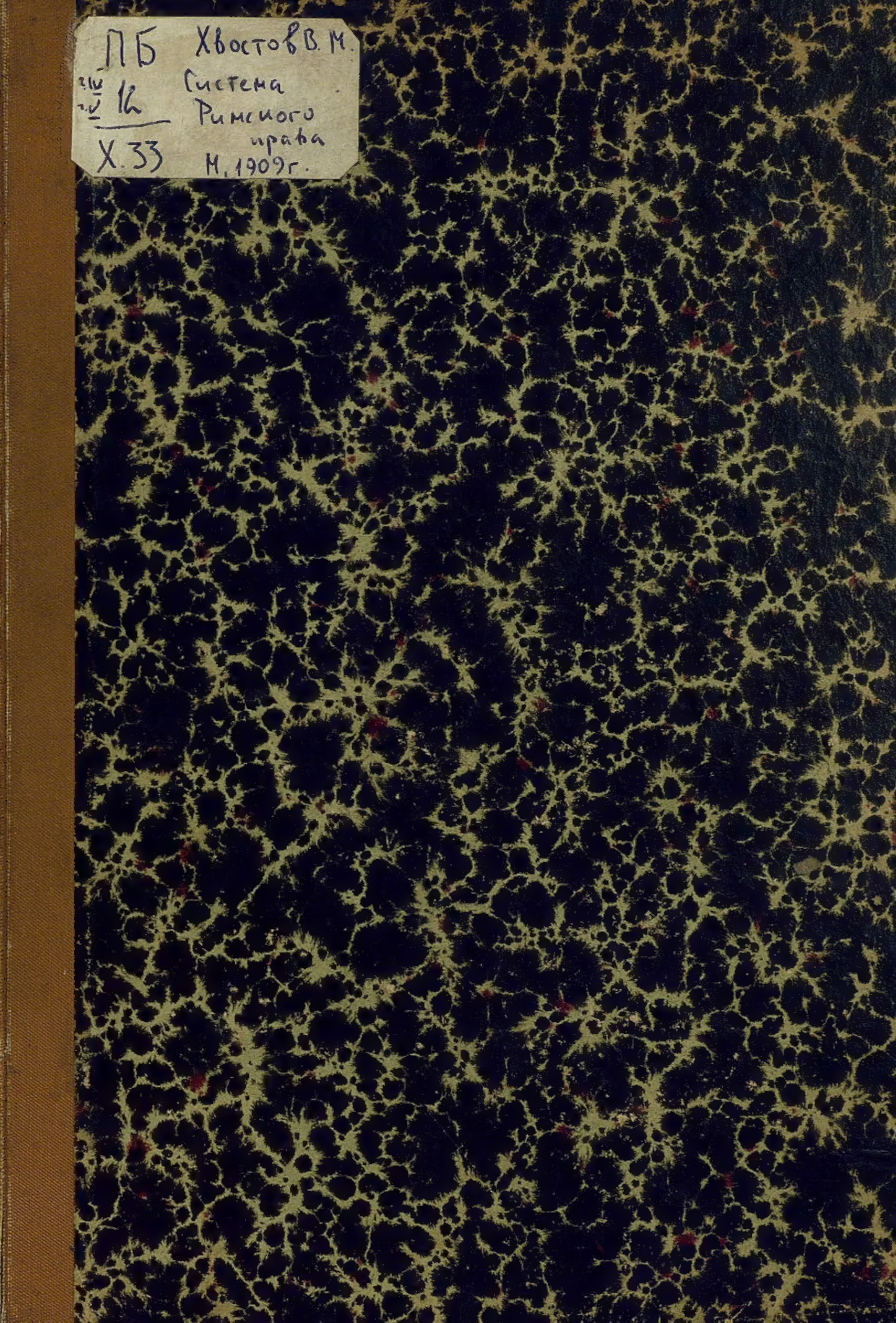
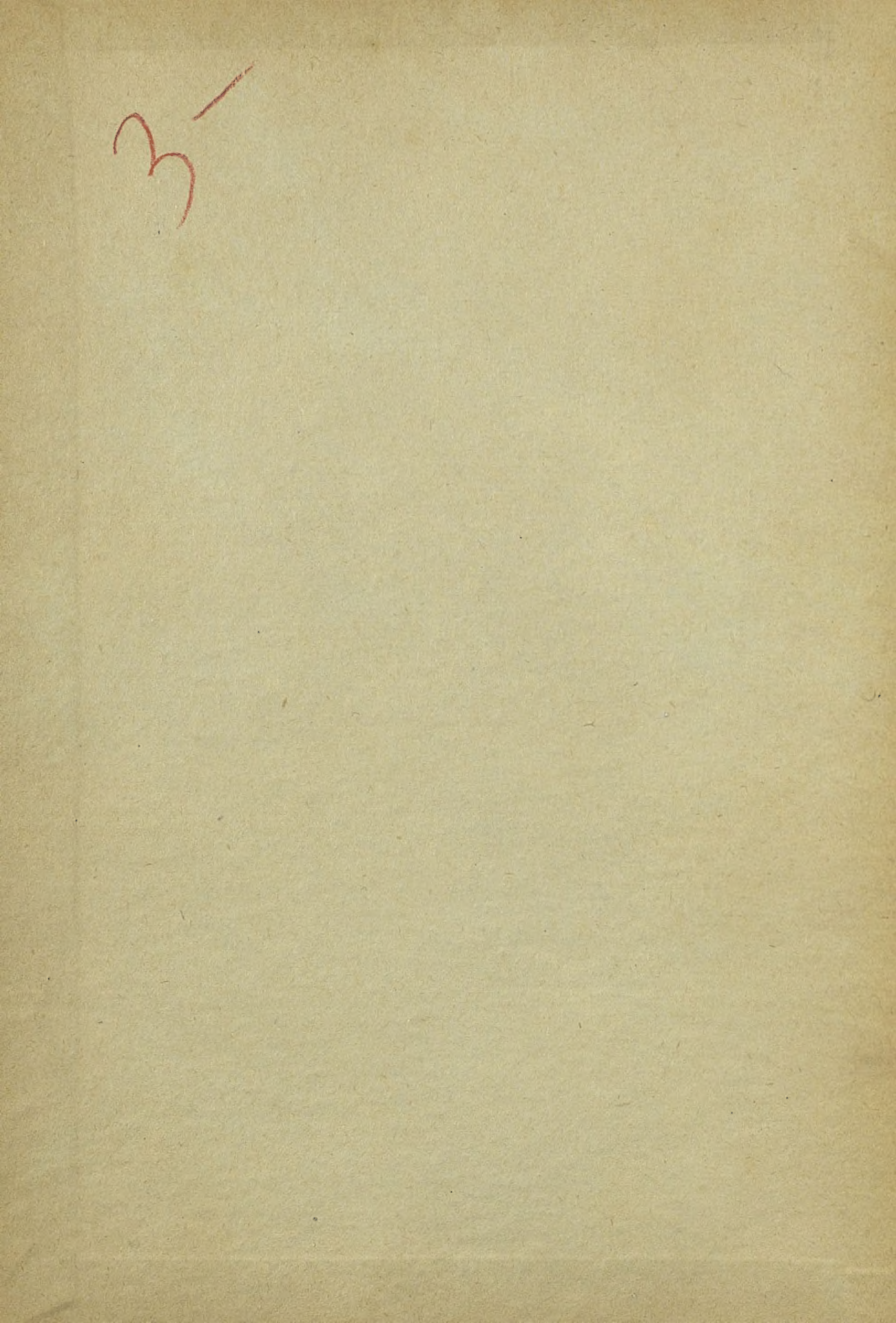
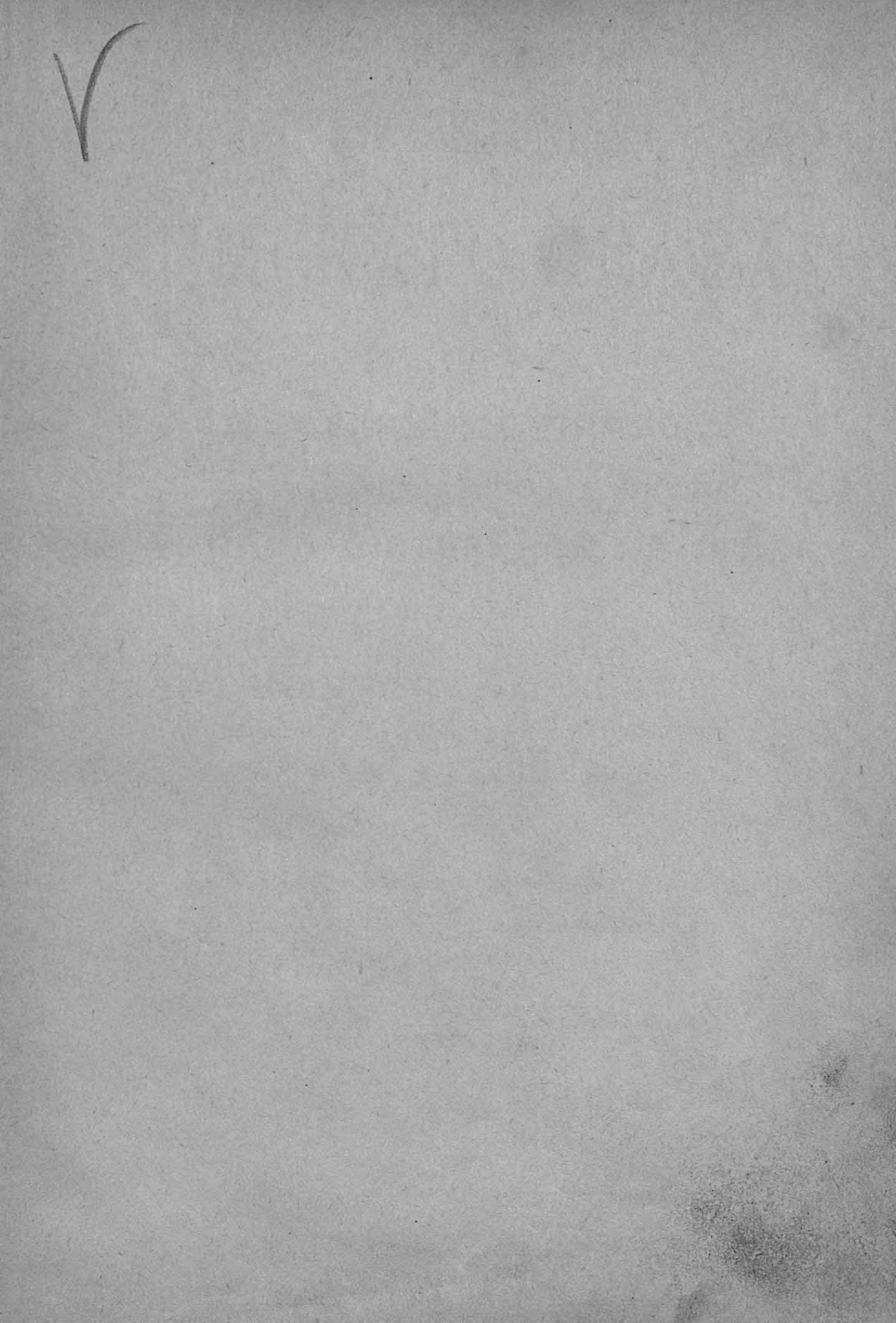

ПБ
Хвостов В. М.
Система
Римского
права
М. 1909 г.
X. 33





СИСТЕМА РИМСКАГО ПРАВА.

IV. Семейное право.

V. Наслѣдственное право.

КОНСПЕКТЪ ЛЕКЦІЙ

Профессора Московскаго Университета
В. М. Хвостова.

Изданіе третье.

Печатано со второго изданія, просмотрѣннаго пр.-доц.
А. Э. Вормсомъ.

МОСКВА.
Типографія Вильде. Малая Кисловка, собственный домъ.
1909.


Историческая
Библиотека
991697

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Семейное право.

ВВЕДЕНІЕ.

ОТДѢЛЪ I.

Бракъ.

Глава I. Общій очеркъ.

Глава II. Приданое.

Глава III. Прочія имущественныя отношенія между супругами.

ОТДѢЛЪ II.

Отношенія между родителями и дѣтьми.

Глава I. Право родителей.

Глава II. Patria potestas.

ОТДѢЛЪ III.

Опека и попечительство.

Наслѣдственное право.

ВВЕДЕНІЕ.

ОТДѢЛЪ I.

Порядокъ наслѣдованія въ тѣсномъ смыслѣ (hereditas).

Глава I. Общія положенія.

Глава II. Призваніе къ наслѣдству по завѣщанію.

Глава III. Призваніе къ наслѣдству ab intestato.

Глава IV. Призваніе къ наслѣдству противъ завѣщанія (право необходимаго наслѣдованія).

Глава V. Порядокъ пріобрѣтенія наслѣдства (acquisitio hereditatis).

Глава VI. Послѣдствія пріобрѣтенія наслѣдства.

ОТДѢЛЪ II.

Легаты и фидеикоммиссы.

Глава I. Общее ученіе объ отказахъ.

Глава II. Отдѣльные виды легатовъ и фидеикоммиссовъ. Mortis causa donatio.

Предисловіе ко второму изданію.

Настоящій выпускъ Конспекта по римскому семейному и наслѣдственному праву переиздается съ любезнаго разрѣшенія проф. В. М. Хвостова для студентовъ Московскаго Университета. Система и форма изложенія остались въ общемъ безъ измѣненій. Мною внесены лишь нѣкоторыя дополненія и отступленія съ цѣлью согласовать изданіе со своими чтеніями. Они не отмѣчены въ текстѣ, т. к. это было-бы трудно провести и не имѣло бы значенія въ учебномъ пособіи.

А. Вормсъ.

Мартъ 1907 г.

СЕМЕЙНОЕ ПРАВО.

ВВЕДЕНІЕ.

§ 1. Familia. Общее понятіе о семейныхъ правахъ.

I. Подъ именемъ семьи—familia [1])—въ юридическомъ смыслѣ въ *древнемъ* Римѣ разумѣлся кругъ лицъ, объединенныхъ общимъ подчиненіемъ домашней власти домовладыки—patrisfamilias. Не кровное родство, стало быть, а *общая отеческая власть* была началомъ, объединяющимъ семью. Строй древне-римской семьи являлся весьма простымъ и строго очерченнымъ. Домовладыка первоначально имѣетъ въ одинаковомъ подчиненіи все, находящееся въ его домѣ, какъ лицъ, такъ и вещи; оттѣнки особыхъ видовъ его власти надъ вещами, рабами, свободными подвластными (женой, дѣтьми) сперва мало выступаютъ. Лишь съ теченіемъ времени изъ этой общей власти надъ всѣмъ домомъ выдѣляются, какъ особые виды правъ съ различнымъ содержаніемъ, dominium надъ вещами, dominica potestas надъ рабами, manus mariti надъ женою, patria potestas надъ дѣтьми, mancipium надъ caput liberum in mancipio [2]). По мѣрѣ этой дифференціаціи происходитъ и ослабленіе власти домовладыки надъ лицами въ сравненіи съ властью его надъ вещами; власть надъ лицами вводится правомъ все въ болѣе и болѣе тѣсныя границы. Нѣкоторые виды власти, а именно: mancipium и manus mariti совершенно выходятъ изъ употребленія въ императорскомъ Римѣ, такъ что въ юстиніановомъ правѣ намъ съ ними уже не приходится имѣть дѣла. Вслѣдствіе исчезновенія брака cum manu и другихъ перемѣнъ въ строѣ семьи, въ юстиніановомъ правѣ мы уже не встрѣчаемся съ такой полной властью домовладыки надъ всѣмъ, находящимся въ его домѣ, какая существовала прежде. Мужъ и жена теперь принципіально равноправны, хотя высшимъ авторитетомъ въ семьѣ продолжаетъ пользоваться мужъ. Дѣти также не являются болѣе безправными; они не пріобрѣтаютъ уже исключительно въ пользу домовладыки, даже когда они стоятъ подъ patria potestas. Изъ строго патріархальнаго союза семья превращается въ союзъ, члены котораго несутъ взаимныя обязанности и имѣютъ взаимныя права.

Древне-римскую семью, состоящую изъ лицъ, подчиненныхъ общей власти еще живущаго домовладыки, Ульпіанъ называетъ „jure proprio familia“.

---

[1]) См. къ послѣдующему *Rivier*, Précis du droit de famille romain (1891 г.), стр. 3—46. *Girard*, 4 изд., стр. 133 сл.; 142 сл. *Dernburg* III, §§ 1—4. *Ferrini*, Pandette, 855 сл.

[2]) См. объ этомъ *Ihering*, Geist, т. II стр. 161 слл. (по 4 изд.). Ср. *Ефимовъ* Очерки по исторіи древне-римскаго родства 1885.

„Jure proprio familiam, говоритъ онъ, dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut jure subjectae, ut puta patrem familias matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps" (L. 195 § 2 D. 50, 16). Рядомъ съ этой familia стоитъ familia въ болѣе широкомъ смыслѣ: *communi jure familia*. Сюда входятъ всѣ вообще *агнаты*, т.-е. лица, которыя стояли бы подъ общею отеческою властью, если бы общій домовладыка былъ еще живъ. „Communi jure familiam, продолжаетъ тотъ же юристъ, dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt" (D. ibid). Наконецъ, наиболѣе широкій родственный союзъ, покоющійся на томъ же основаніи, составляетъ *familia gentilicia*, т.-е. члены одного и того же рода—gens,—объединенные предполагаемымъ происхожденіемъ отъ общаго для всѣхъ родоначальника. „Item appellatur familia plurium personarum, quae ab ejusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur (sicuti dicimus familiam Iuliam), quasi a fonte (quodam memoriae *sc.*) eodem ortae". (L. 195 § 4 D. 50, 16).

II. Въ древнемъ Римскомъ правѣ юридическое значеніе имѣетъ исключительно этотъ агнатскій родственный союзъ. Съ теченіемъ времени, однако, измѣнившіяся условія жизни и воззрѣнія общества стали выдвигать семейный союзъ, основанный на *кровномъ происхожденіи* однихъ лицъ отъ другихъ, т.-е. *когнатскую* семью. Разница между этими двумя семейными союзами очевидна: союзъ кровныхъ родственниковъ отчасти шире союза, основаннаго на подчиненіи общей домашней власти: въ него входятъ также родственники по женской линіи и эманципированныя лица. Отчасти же онъ уже: сюда не должны входить, строго говоря, лица усыновленныя и uxor in manu. Однако, въ классическомъ правѣ мы встрѣчаемъ правило, что всякій агнатъ, пока онъ остается имъ, eo ipso есть и когнатъ (L. 1 § 4 D. 38, 8; см. объ этомъ Общ. ч. § 25, В.). Когнатская семья къ концу развитія римскаго права во многихъ отношеніяхъ получаетъ преобладаніе въ юридической области надъ агнатской; въ вопросахъ о законномъ наслѣдованіи и о призваніи къ опекѣ въ основу положено расширенное, какъ указано только что, понятіе когнатства (Nov. 118). Кромѣ того, есть рядъ иныхъ отношеній семейнаго права, которыя во время классиковъ и особенно Юстиніана опредѣляются принципомъ когнатства, но не агнатства (алименты). Поэтому мы встрѣчаемъ у Юстиніана (L. 5 § 1 C. 6, 38) слѣдующее опредѣленіе слова familia, сдѣланное вполнѣ въ духѣ его времени по поводу одного частнаго вопроса относительно наслѣдованія: „Si quis per suum elogium fideicommissum familiae suae reliquerit, non solum propinquos (кровные родственники), sed etiam his deficientibus generum et nurum (per hanc appellationem significari decernimus)".

III. Это знакомство съ значеніемъ понятія „семья – familia" объясняетъ намъ, почему подъ именемъ *семейныхъ правъ* объединяются: 1) отношенія между *мужемъ и женой*, возникающія изъ *брака*, такъ называемое брачное право; 2) отношенія между *родителями и дѣтьми*, гдѣ наиболѣе важное мѣсто занимаетъ институтъ отеческой власти. 3) Не такъ просто обстоитъ дѣло съ третьимъ разрядомъ семейныхъ правъ: правами *опеки и попечительства*. Опекунъ и попечитель въ сущности стоятъ внѣ семьи; они не должны непремѣнно принадлежать къ одному семейному союзу съ опекаемымъ. Тѣмъ не менѣе есть большія основанія причислять права, возникающія изъ

опеки и попечительства, къ числу семейныхъ правъ. a) Въ древнемъ правѣ связь опеки и попечительства съ институтами семейнаго права была очень тѣсная. Цѣлью опеки и попечительства являлась не столько забота о личности опекаемаго, но забота о сохраненіи его имущества для его родственниковъ-агнатовъ; опека поэтому по праву принадлежала агнатамъ [3]). Въ позднѣйшемъ правѣ характеръ опеки измѣнился: она приняла альтруистическій характеръ, сдѣлалась средствомъ защиты подопечнаго лица, которое въ оборотѣ оказывается слабымъ въ виду малолѣтства или иныхъ свойствъ. Но и здѣсь связь опеки съ семьей сохранилась: естественными покровителями слабаго лица являются прежде всего его родственники; поэтому родство имѣетъ большое значеніе при призваніи къ опекѣ и въ позднѣйшемъ правѣ; существованіе же отеческой власти, по большей части, дѣлаетъ излишнею опеку даже надъ малолѣтнимъ, обладающимъ отдѣльнымъ имуществомъ: имуществомъ подвластнаго управляетъ, по общему правилу, отецъ въ силу своей отеческой власти. b) Кромѣ того, опекунская власть по своей структурѣ стоитъ весьма близко къ другимъ видамъ семейныхъ правъ: здѣсь, какъ и тамъ, мы имѣемъ право надъ лицомъ, имѣющее своимъ объектомъ не дѣйствіе лица, но само подвластное лицо, и въ то же время рѣзко отличающееся по характеру и объему отъ вещнаго права, какъ права надъ такою частью внѣшней природы, которая сама субъектомъ права быть не можетъ. (Общ. ч. § 13, IV, 4). Это составляетъ основаніе для объединенія института опеки и попечительства въ одинъ разрядъ съ другими семейно-правовыми институтами [4]).

Предметомъ дальнѣйшаго изложенія являются всѣ эти институты въ указанномъ порядкѣ: 1) бракъ, 2) отношенія родителей и дѣтей и 3) опека и попечительство.

---

[3]) См. *Girard* стр. 202 пр. 2. *Dernburg* III, § 39; ср. впрочемъ *Cuq*, Les institutions juridiques des Romains (1891 г.), стр. 311 сл.

[4]) Виндшейдъ относилъ опеку въ своихъ Пандектахъ къ обязательственному праву. Это оказалось неудобнымъ и Киппъ, переиздавая Пандекты Виндшейда послѣ его смерти, перенесъ опеку въ отдѣлъ семейнаго права (Windscheid-Kipp. 8 изд. т. III).

ОТДѢЛЪ I.

Бракъ.

Глава I. Общій очеркъ.

§ 2. Понятіе брака. Личныя отношенія между супругами.

I. Источники даютъ намъ два *опредѣленія брака*. Первое изъ нихъ принадлежитъ классическому юристу Модестину; оно помѣщено въ Пандектахъ Юстиніана L. 1. D. 23, 2. Modestinus. Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio. Второе опредѣленіе брака дано составителями Институцій Юстиніана: § 1 J. 1, 9 Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam consuetudinem vitae continens. Оба эти опредѣленія гораздо болѣе подходятъ къ древне-римскому браку cum manu, когда жена передавала все свое имущество мужу, входила въ его семью filiae loco и получала участіе въ его sacra [1]), чѣмъ къ новому, когда, по исчезновеніи manus, жена сохраняла за собою свое отдѣльное имущество и оставалась членомъ своей прежней семьи и подвластной своего отца. Individua vitae consuetudo и consortium omnis vitae также плохо гармонируютъ съ полной свободой развода, которою въ классическую эпоху и позже римское общество пользуется въ широкихъ размѣрахъ. Все consortium vitae въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ (которымъ мы исключительно занимаемся) ограничивается областью личныхъ отношеній между супругами; но и здѣсь, какъ уже сказано, оно проведено не во всѣхъ отношеніяхъ [2]).

II. Эти *личныя отношенія*, насколько они имѣютъ значеніе для права, сводятся къ слѣдующему. Такъ какъ браки cum manu исчезли вполнѣ уже во второй половинѣ классическаго періода, то теперь жена, по общему правилу, остается членомъ своей прежней семьи и подвластной своего отца. Въ семьѣ *она не стоитъ подъ властью мужа*, но скорѣе является равноправной его подругой, при чемъ, однако, главенство въ брачномъ consortium vitae принадлежитъ мужу. Въ частности это положеніе выражается въ слѣдующемъ: 1) Жена получаетъ *имя и сословное положеніе* (dignitas) *мужа*, т.-е. по-

---

[1]) См. о бракахъ cum manu Gai I, 108—113, 136—137, 162; II, 90. *Rivier*, стр. 161 слл. *Girard*, стр. 146 слл. *Accarias*, I, § 120.

[2]) Ср. впрочемъ *Accarias*, I, стр. 191. Ср. *Соколовскій* О постепенномъ развитіи идеи брака въ древнемъ мірѣ 1843 и *Азаревичъ* Брачные элементы и ихъ значеніе 1879.

дымается на высоту его положенія или опускается къ нему; она сохраняетъ эти качества до вступленія въ другой бракъ [3]). 2) Жена раздѣляетъ *легальное domicilium* своего мужа (о domicilium см. Общ. ч. § 24, VII), и сохраняетъ его по расторженіи брака, пока не пріобрѣтетъ иного (вступленіемъ въ новый бракъ или инымъ путемъ [4]). 3) Мужъ имѣлъ *int. de uxore exhibenda et ducenda* противъ всякаго третьяго лица и даже противъ отца и матери жены [5]). Но иска о сожитіи къ самой женѣ онъ не имѣлъ; иначе и не могло быть, пока признавалась безусловная свобода развода [6]). 4) Супруги *обязаны соблюдать другъ другу вѣрность*; нарушеніе этой обязанности составляетъ adulterium, даетъ оскорбленному достаточное основаніе для развода (см. ниже § 4), и измѣняетъ въ его пользу правила о возвратѣ приданаго (ниже § 12); если же виновна жена, то на нее и на ея сообщника падали, кромѣ того, тяжкія уголовныя кары по lex Julia de adulteriis, которыя были еще усилены позднѣйшимъ законодательствомъ (при Константинѣ adulterium жены каралось смертью [7]). 5) *Двоеженство* было издавна запрещено, но самостоятельнымъ, наказуемымъ преступленіемъ его призналъ лишь Діоклеціанъ, съ цѣлью борьбы противъ полигаміи на востокѣ. Оно одинаково наказуемо (при Юстиніанѣ—смерть), какъ для жены, такъ и для мужа; при отсутствіи mala fides оно не наказуемо, но второй бракъ считается ничтожнымъ, какъ и при наличности stuprum [8]). 6) Супруги должны *уважать и любить* другъ друга; этотъ принципъ юридически проявляется въ запрещеніи имъ вчинать другъ противъ друга штрафные или и инфамирующіе иски [9]), а также въ запрещеніи принуждать ихъ къ свидѣтельству другъ противъ друга [10]), и въ предоставленіи имъ взаимнаго beneficium competentiae [11]). Если одинъ супругъ совершилъ *воровство* по отношенію къ другому, то предъявленіе actio furti не допускалось. Но если одинъ супругъ совершилъ кражу у другого, *имѣя въ виду предстоящій разводъ*, то для возврата украденнаго давалась *a. rerum amotarum*, которая носила характеръ condictio furtiva и отличалась отъ нея только по имени [12]). 7) Мужъ—*естественный покровитель* жены: поэтому *обида*, нанесенная женѣ, есть injuria mediata для мужа, и онъ можетъ возбудить преслѣдованіе отъ своего имени [13]); далѣе, онъ можетъ вести на судѣ *процессы* жены, не имѣя особаго полномочія [14]). 8) Жена должна относиться къ мужу съ почтеніемъ (reverentia [15]) и оказывать ему услуги (operae [16]).

---

[3]) Fr. Vat. 104 L. 1. 8. 12 pr. D. 1, 9. L. 13 C. 12, 1.
[4]) L. 65 D. 5, 1. L. 38 § 3 D. 50, 1.
[5]) L. 1 § 5 L. 2 D. 43, 30. L. 11 C. 5, 4.
[6]) *Dernburg* III § 6. пр. 8. *Windscheid* § 490 пр. 2.
[7]) См. *Mommsen* Strafrecht стр. 688 сл. *Accarias* I стр. 223 сл.
[8]) См. *Accarias* I стр. 224 сл. *Mommsen* op. cit. стр. 701.
[9]) L. 2 D. 25, 2. L. 2 C. 5, 21.
[10]) L. 4 D. 22, 5.
[11]) L. 20 D. 42, 1.
[12]) Dig. 25, 2. Cod. 5, 21. *Баронъ* § 348. *Accarias* т. II стр. 471.
[13]) L. 1 § 3. 9. L. 2 L. 18 § 2 D. 47, 10.
[14]) L. 21 C. 2, 12.
[15]) L. 14 i. f. D. 24, 3.
[16]) L. 48 D. 38, 1.

§ 3. Заключенiе брака. Помолвка.

I. Браку предшествуетъ обыкновенно *помолвка* (sponsalia) (Dig. 23, 1). Договоръ этотъ въ классическую эпоху заключался родителями жениха и невѣсты или послѣдними при согласiи первыхъ безъ какихъ-либо формальностей. Требовалось, чтобы sponsus и sponsa не были моложе 7-ми лѣтъ, и чтобы въ будущемъ между ними былъ возможенъ бракъ. Юридической силы въ смыслѣ обоснованiя иска объ убыткахъ sponsalia въ классическомъ правѣ (гдѣ самый бракъ свободно расторгался супругами) не имѣли, и даже штрафная стипуляцiя, которая должна была обезпечить исполненiе ихъ, признавалась классическими юристами недѣйствительной: она считалась заключенной contra bonos mores, т. к. согласно добрымъ нравамъ совершенiе и расторженiе брака должно быть вполнѣ свободно [1]). Однако, согласно позднѣйшему праву расторженiе помолвки безъ достаточнаго основанiя влечетъ за собою для виновнаго потерю даннаго имъ задатка (arrhae sponsaliciae) или donationes ante nuptias, или же обязанность возвратить полученный имъ задатокъ въ двойномъ размѣрѣ [2]). За bina sponsalia (т. е. заключенiе второй помолвки безъ предварительнаго заявленiя о расторженiи первой) уже преторскiй эдиктъ установилъ infamia [3]). Если помолвка закрѣплена поцѣлуемъ (osculo interveniente), то при ненаступленiи брака вслѣдствiе смерти жениха или невѣсты половина подарковъ, сдѣланныхъ женихомъ, остается въ пользу невѣсты и ея наслѣдниковъ [4]).

II. Самый *бракъ* sine manu *заключается* не формально; достаточно *простого соглашенiя между брачащимися* и отведенiя невѣсты въ домъ жениха [5]). Concubitus для заключенiя брака не требуется. L. 15 D. 35, 1. Ulp. Cui fuerit sub hac condicione legatum „si in familia nupsisset", videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. nuptias enim non concubitus, sed concensus facit. Consensus является безусловно необходимымъ; поэтому не можетъ вступить въ бракъ furiosus [6]); отецъ или патронъ въ силу своей власти не могутъ въ классическомъ и позднѣйшемъ правѣ принудить ко вступленiю въ бракъ подвластнаго сына (дочь) или либерта [7]). Въ Римѣ заключенiе брака сопровождалось обыкновенно торжественными церемонiями [8]) и составленiемъ письменныхъ документовъ (tabulae, instrumentum dotale или nuptiale); въ Византiи бракъ совершался часто въ церкви; но этотъ обычай получилъ лишь очень поздно юридическое значенiе [9]). Поэтому доказать, что заключенъ бракъ, а не конкуби-

---

1) L. 134 pr. D. 45, 1. Въ Лацiумѣ и, быть можетъ, въ древнѣйшую эпоху въ Римѣ sponsalia имѣли связующую силу. См. объ этомъ *Karlowa*, R. R. G. II, стр. 76 слл. *Rivier*, стр. 135 слл. *Girard*, стр. 148, пр. 3.

2) L. 5 C. 5, 1 (472 г.). L. 15 C. 5, 3 (319 г.).

3) L. 1 L. 13 § 1 D. 3, 2.

4) L. 16 C. 5, 3. Constantinus (336 г.). Римско-сирiйская книга законовъ, § 91.

5) Поэтому заключенiе брака возможно въ отсутствiе жениха, но невозможно въ отсутствiе невѣсты. Paul. 2, 19, 8. L. 5. D. 23, 2 *Girard* стр. 152. *Accarias* I стр. 194 сл.

6) L. 16 § 2 D. 23, 2.

7) L. 12 C. 5, 4. *Accarias*, I, стр. 194.

8) См. ихъ описанiе у *Rivier*, стр. 144 слл.

9) Церковное вѣнчанiе впервые узаконено Львомъ Философомъ въ Nov. 89. *Accarias* I, стр. 197, пр. 2.

натъ, на практикѣ было иногда трудно [10]). Для подобныхъ случаевъ Θеодосій II и Валентиніанъ III установили слѣдующую презумцію: если въ сожительство вступаютъ лица равнаго общественнаго положенія, то въ случаѣ сомнѣнія предполагается, что они вступили въ бракъ, а не въ конкубинатъ [11]); эта мысль высказывалась, впрочемъ, уже классиками (L. 24 D. 23, 2. L. 31 pr. D. 39, 5). Въ юстиніановомъ правѣ эта презумція распространена на всякое сожитіе двухъ ingenuae personae [12]); но для дѣйствительности браковъ, заключаемыхъ сенаторами и illustres, Юстиніанъ потребовалъ составленія instrumentum nuptiale, содержащаго установленіе dos и donatio ante nuptias [13]).

III. *Условія дѣйствительности брака.* 1) *Pubertas* брачащихся, т. е. 12 лѣтъ для женщины и 14 для мужчины [14]). 2) Если въ бракъ вступаютъ лица alieni juris, то, кромѣ согласія самихъ брачащихся, требуется еще *согласія домовладыкъ жениха и невѣсты.* Лица sui juris вступаютъ въ бракъ свободно [15]); но дѣвушки и вдовы sui juris, по законодательству позднѣйшей имперіи, имѣютъ право на это лишь съ 25-лѣтняго возраста; до тѣхъ поръ онѣ должны испрашивать согласіе отца, а если его нѣтъ—матери, если нѣтъ и ея—ближайшихъ родственниковъ [16]). Если домовладыка безъ серьезнаго основанія не даетъ подвластному согласія на вступленіе въ бракъ, то со времени брачнаго закона Августа онъ принуждается къ этому магистратомъ [17]). Если домовладыка сумасшедшій, то по юстиніанову праву его согласія не требуется [18]). Если домовладыка въ плѣну, то его дѣти могутъ вступить въ бракъ по истеченіи 3 лѣтъ [19]) со дня плѣна. Если, затѣмъ, домовладыка вернется изъ плѣна, то дѣти отъ брака его подвластнаго сына становятся его sui et necessarii heredes, вопреки общему правилу: „nemini invito suus heres adgnascitur“ (§ 7. J. I, 11): этого требуетъ publica nuptiarum utilitas [20]). При безвѣстномъ отсутствіи домовладыки требуется истеченіе того же трехлѣтняго срока [21]). 3) *Conubium.* Conubium est uxoris jure ducendae facultas. (Ulp. 5, 3). При Юстиніанѣ, когда различіе между cives и non cives въ предѣлахъ имперіи почти исчезло, главное основаніе отсутствія conubium составляетъ *родство и свойство* [22]). Именно ничтоженъ бракъ между кровными родственниками по *прямой* линіи безусловно, и въ *боковой* между братьями и сестрами, дядьями, тетками и племянницами (племянниками), при чемъ подъ дядьями

---

[10]) Различіе между justum matrimonium и concubinatus, по существу, сводится лишь къ намѣренію сторонъ, вступающихъ въ длительное половое сожительство: при конкубинатѣ отсутствуетъ affectio maritalis на сторонѣ мужчины и dignitas uxoris на сторонѣ женщины (L. 31 pr. D. 39, 5. L. 49 § 4 D. 32. L. 3 § 1 D. 24, 1), а рожденіе и воспитаніе дѣтей не являются его цѣлью. См. о конкубинатѣ общую часть § 25. *Accarias* I, стр. 246—252. *Girard*, стр. 181 сл. *Rivier*, стр. 129 слл.

[11]) L. 22 C. 5, 4.

[12]) L. 23 § 7 C. 5, 4.

[13]) Nov. 74 c. 4. Nov. 117 c. 4. *Accarias* I стр. 198 пр. 3.

[14]) pr. J. 1, 10.

[15]) Ulp. 5, 2. L. 16 § 1 D. 23 2.

[16]) L. 18 L. 20 C. 5, 4 (371 и 480 г.).

[17]) L. 19 D. 23, 2.

[18]) pr. J. 1, 10.

[19]) L. 9 § 1 D. 23, 2.

[20]) L. 12 § 3 D. 49, 15. Къ этому см. *Girard* стр. 154 пр. I.

[21]) L. 10. 11 D. 23, 2.

[22]) §§ 1—10 I. 1, 10.

(тетками) слѣдуетъ разумѣть и двоюродныхъ дѣдовъ (бабокъ). Однимъ словомъ, бракъ невозможенъ между такими двумя боковыми родственниками, изъ коихъ, по крайней мѣрѣ, одинъ стоитъ въ 1-ой степени родства съ общимъ предкомъ. Усыновленный не можетъ вступать въ бракъ со всѣми своими агнатами по усыновленію, которые дѣлаются для него также когнатами; послѣ его эманципаціи бракъ возможенъ лишь съ бывшими агнатами въ боковой линіи, но не въ прямой. Что касается свойства, то невозможенъ и ничтоженъ бракъ между свойственниками въ прямой линіи и между frater и fratris uxor, soror и sororis maritus [23]). Не могутъ вступать въ бракъ *кастраты* [24]). 5) Ничтоженъ бракъ между *опекуномъ* (имъ самимъ, его сыномъ или внукомъ ex filio, хотя бы sui juris) и бывшей опекаемой, а также между кураторомъ и находившейся подъ cura minorum дѣвушкой до тѣхъ поръ, пока дѣвушка не достигнетъ возраста, когда она уже не можетъ добиваться restitutio in integrum противъ своего опекуна (т. е. 25 лѣтъ отъ роду и annus utilis [25]). 6) *Провинціальный магистратъ* не могъ жениться въ провинціи, если онъ не былъ помолвленъ раньше, чѣмъ вступилъ въ должность или самъ не происходитъ изъ данной провинціи [26]). Мотивы этого запрещенія сводятся къ стремленію предохранить провинціаловъ отъ вымогательства и насилія магистрата, а также предупредить чрезмѣрное усиленіе вліянія и силы магистрата, благодаря родству съ могущественными въ провинціи семьями (установлено это запрещеніе около 2-го вѣка по Р. Х. мандатами императоровъ). 7. Запрещенія *сословнаго характера*, которыхъ много установила lex Iulia et Papia Poppaea (напримѣръ, запрещены были браки лицъ изъ сословія сенаторовъ съ вольноотпущенными, актерами) и позднѣйшее законодательство, были отмѣнены отчасти Юстиномъ [27]) и окончательно Юстиніаномъ, который самъ женился на актрисѣ Ѳеодорѣ [28]). Запрещены были при Юстиніанѣ лишь браки между христіанами и евреями [29]). 8) Запрещены браки между *сообщниками въ прелюбодѣяніи* [30]), а также между похитителемъ и похищенной дѣвушкой, вдовой или монахиней, даже при наличности желанія послѣдней вступить въ бракъ съ похитителемъ [31]).

Если бракъ заключенъ несогласно съ изложенными правилами, то онъ *ничтоженъ абсолютно*, и на ничтожность его можетъ сослаться всякое третье лицо, имѣющее въ этомъ интересъ; въ нѣкоторыхъ же случаяхъ заключеніе такого брака является наказуемымъ преступленіемъ (напр. incestus между близкими родственниками) [32]). Иногда, по отпаденіи препятствія къ браку, сожительство обращается въ justae nuptiae (напр. супруги вошли въ законный возрастъ, домовладыка далъ согласіе), но этимъ не установляется законность предыдущаго сожительства [33]).

---

[23]) L. 5, C. 5, 5.
[24]) Spadones могутъ. L. 39 § 1 D. 23, 3.
[25]) L. 59. 60 D. 23, 2.
[26]) L. 65 D. 23, 2.
[27]) L. 23 § 1. C. 5. 4.
[28]) Nov. 117 c. 6. См. къ этому *Accarias* I стр. 218 сл. *Girard* стр. 150.
[29]) L. 6 C. 1. 9.
[30]) L. 41 (40) pr D. 48, 5.
[31]) L. 1 § 2 C. 9, 13.
[32]) § 12 I. 1, 10. *Girard*, стр. 157.
[33]) Дѣти, рожденныя раньше, не становятся законными. L. 11. D. 1, 5.

§ 4. Расторженіе брака.

Слѣдующія событія приводятъ къ расторженію брачнаго союза.

1) *Смерть* одного изъ супруговъ. 2) Потеря *свободы* однимъ изъ супруговъ [1]). При взятіи одного изъ супруговъ *въ плѣнъ*, другой могъ расторгнуть бракъ и вступить въ новый, не подвергаясь невыгоднымъ послѣдствіямъ, если со дня плѣна прошло 5 лѣтъ и не было удостовѣрено, что плѣнный остался еще въ живыхъ [2]). 3) *Разводъ*. Онъ первоначально былъ совершенно свободенъ и допускался какъ въ видѣ divortium communi consensu, т.-е. по взаимному соглашенію, такъ и въ видѣ repudium, т.-е. односторонняго отказа одного изъ супруговъ отъ продолженія брака [3]). Въ позднѣйшемъ правѣ при христіанскихъ императорахъ были установлены невыгодныя послѣдствія на случай неосновательнаго односторонняго развода—repudium—и за подачу другому супругу повода къ такому разводу. Divortium communi consensu было вполнѣ запрещено Юстиніаномъ (за исключеніемъ divortium propter castitatis desiderium [4]), но затѣмъ его сынъ Юстинъ II отмѣнилъ это распоряженіе [5]). Односторонній разводъ въ Юстиніановомъ правѣ дозволенъ [6]): а) какъ divortium bona gratia, т.-е. по уважительной причинѣ, но безъ вины другого супруга (вступленіе въ монастырь, неспособность къ половому сожитію); b) какъ repudium ex justa causa, то-есть, по винѣ другого супруга, признанной въ законѣ достаточнымъ основаніемъ для развода (любодѣяніе, покушеніе на жизнь супруга). Односторонній разводъ sine ulla causa, хотя и прекращалъ бракъ, но влекъ за собою тяжелые штрафы для того супруга, который далъ разводъ. Такіе же штрафы установлены были и для супруга, своей виной давшаго поводъ къ repudium ex justa causa [7]). (См. объ этомъ ниже § 12, I).

§ 5. Общій характеръ отношеній по имуществу.

I. Опредѣленіе брака, данное Модестиномъ (см. § 2, I), еще менѣе оправдывается на имущественныхъ отношеніяхъ супруговъ. Ни о какой humani juris communicatio въ бракахъ sine manu въ этомъ отношеніи нѣтъ и рѣчи. Имущество супруговъ остается въ бракѣ совершенно отдѣльнымъ; римляне не имѣютъ ничего подобнаго нѣмецкой общности имуществъ (Gütergemeinschaft), при которой или имущества мужа и жены сливаются въ одну массу, принадлежащую имъ обоимъ, или, по крайней мѣрѣ, имущество жены по закону по-

---

[1]) L. 1 D. 24, 2. Ср. впрочемъ Nov. 22 с. 8 и къ этому *Accarias* I стр. 94, 238.— О capitis deminutio см. *Accarias* I стр. 237, пр. 3. *Girard*, стр. 159. Ср. *Казанцевъ* О разводѣ по римскому праву въ связи съ историческими формами римскаго брака 1892.

[2]) L. 6 D. 24, 2. Къ этому *Girard* стр. 158 сл.

[3]) Право patris familias разводить дѣтей in potestate во время имперіи ограничено случаемъ magna et justa causa или сумасшествія подвластнаго Paul. 5, 6, 15. L. 5 C. 5, 17. L. 4 D. 24, 2. *Accarias* I, стр. 243 сл.

[4]) Nov. 117 с. 10.

[5]) Nov. 140 (566 г.). О дальнѣйшей исторіи развода см. *Rivier* стр. 230, пр. 1.

[6]) Nov. 22, 117. Подробно изложено содержаніе этихъ новеллъ у *Keller*, Pand. II, § 407.

[7]) Repudium совершалось въ формѣ посылки libellus repudii. — Если жена была беременна въ моментъ развода, то принимались мѣры, чтобы обезпечить юридическое положеніе ребенка. *Girard* 162.

ступаетъ въ управленіе мужа. Въ Римѣ жена не только остается собственницею своего имущества, но даже можетъ свободно имъ управлять [1]). Это особое имущество жены, въ отличіе отъ приданаго, называется *bona parapherna*. Если жена стоитъ подъ опекой, то она продолжаетъ оставаться подъ нею и въ замужествѣ, и своимъ имуществомъ она управляетъ подъ надзоромъ опекуна. Если жена находитъ нужнымъ передать свое имущество въ управленіе мужу, то къ отношеніямъ, возникающимъ по этому поводу между женою и мужемъ, примѣняются правила мандата [2]): для мужа обязательны инструкціи, данныя ему женою; жена имѣетъ право односторонне отмѣнять данное порученіе; разница съ обыкновеннымъ мандатомъ состоитъ только въ томъ, что относительно дѣлъ жены—довѣрительницы мужъ—мандатарій обязанъ не къ diligentia boni patrisfamilias, какъ всякій иной мандатарій, но только къ diligentia quam suis (это узаконилъ Юстиніанъ); кромѣ того, жена-довѣрительница обезпечена законной гипотекой на все имущество мужа, управляющаго ея дѣлами (L. 11 C. 5, 14).

II. Жена пріобрѣтаетъ все для себя. Но въ случаѣ спора съ мужемъ о томъ, кому принадлежатъ извѣстныя вещи, находящіяся въ рукахъ одного изъ супруговъ, допускается особая презумція—*praesumtio Muciana*, — согласно которой каждая вещь считается принадлежащей мужу, пока жена не докажетъ своей собственности на нее [3]); иными словами, эта презумція переноситъ тяжесть доказательства на жену (см. о praesumtio juris Общ. ч. § 56, I).

III. Вліяніе брака на имущество супруговъ обнаруживается лишь въ томъ, что бракъ даетъ поводъ къ установленію приданаго—dos—со стороны жены и предбрачнаго дара—donatio propter nuptias—со стороны мужа; кромѣ того, бракъ приводитъ къ запрещенію дареній между супругами—donatio inter virum et uxorem. Всѣ эти нормы, равно какъ и тѣ, которыя опредѣляютъ послѣдствія развода и вторичнаго вступленія въ бракъ, будутъ разсмотрѣны особо въ слѣдующихъ параграфахъ.

Глава II. Приданое.

§ 6. Понятіе. Установленіе.

I. Подъ именемъ приданаго—dos—въ развитомъ римскомъ правѣ разумѣется *имущественное предоставленіе, которое дѣлается мужу женою или за жену какимъ-либо третьимъ лицомъ съ той цѣлью, чтобы оно помогало мужу нести тягости брачной жизни* (onera matrimonii [1]); *по расторженіи брака приданое должно быть выдано обратно мужемъ* (по крайней мѣрѣ, по общему правилу). Мужъ долженъ нести тягости брака, какъ глава семьи; естественно, что жена, какъ его подруга, даетъ съ своей

---

[1]) L. 8 C. 5, 14 ...nullo modo muliere prohibente virum in paraphernis volumus se immiscere.

[2]) L. 9 § 3 D. 23, 3.

[3]) L. 51 D. 24, 1. Ср. Герм. гражд. улож. § 1362. Объ основаніи этой презумціи см. *Dernburg* III § 12 пр. 8.

[1]) L. 76 D. 23, 3. Tryph.... nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est. L. 56 § 1. D. eod. Paulus. Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt L. 16 pr. D. 49, 17.

стороны нѣчто для раздѣленія этого бремени; установленіе dos, по римскимъ понятіямъ, возвышаетъ положеніе жены въ домѣ мужа.

Изъ этого общаго опредѣленія вытекаютъ слѣдующіе частные признаки приданаго. 1) Особая цѣль приданаго—помогать несенію onera matrimonii—отличаетъ dos отъ *даренія мужу:* такъ какъ предоставленіе дѣлается не для того, чтобы обогатить мужа, а чтобы онъ несъ съ его помощью onera matrimonii, то оно и не есть дареніе мужу [2]). Но дареніемъ самой *женѣ* установленіе dos можетъ быть: именно, установленіе приданаго есть дареніе въ пользу жены въ томъ случаѣ, если третье лицо, не будучи къ тому обязано, дастъ за женою приданое и не выговариваетъ возврата приданаго самому себѣ по расторженіи брака; такое дареніе, однако, favore dotis избавлено отъ инсинуаціи [3]) (объ инсинуаціи см. Общ. ч. § 44, II, I). 2) Цѣль установленія приданаго—ad onera matrimonii ferenda—является, слѣдовательно, главной и непосредственной цѣлью предоставленія, опредѣляющей юридическій характеръ предоставленія, его causa (Общ. ч. § 43 [4]); поэтому, согласно съ общими правилами о causa, если предоставленіе dotis causa сдѣлано до брака (т.-е., если для этой цѣли вещныя или обязательственныя права перенесены на жениха) и затѣмъ бракъ не состоится, то предоставленіе можетъ быть вытребовано обратно путемъ condictio sine causa (L. 7 § 3 L. 9 pr. D. 23, 3), 3) Предоставленіе, чтобы быть приданымъ—dos—, должно быть *предназначено* для несенія onera matrimonii; это не значитъ, однако, что оно должно быть *способно* нести эти тягости брачной жизни: nuda proprietas, безпроцентное обязательство составляютъ приданое, хотя и не даютъ мужу никакого дохода [5]); такое приданое, конечно, не вполнѣ соотвѣтствуетъ своей цѣли; выгода имѣть такое приданое можетъ обнаружиться, главнымъ образомъ, при расторженіи брака: подобная dos можетъ послужить, напримѣръ, источникомъ для взысканія съ жены штрафа за разводъ. 4) По прекращеніи брака приданое, по общему правилу, въ эпоху Юстиніана должно быть возвращено женѣ; этимъ вызываются многочисленныя постановленія о положеніи приданаго во время брака и по его расторженіи. Необходимость возвратить его является второй отличительной чертой приданаго отъ donatio, даже отъ donatio sub modo. Если бы извѣстная сумма была дана мужу для несенія onera martimonii, но съ тѣмъ, чтобы она во всякомъ случаѣ осталась у мужа и по расторженіи брака, то это было бы donatio sub modo, а не dos. Если такая оговорка дѣлалась при установленіи именно приданаго—dotis, то она была ничтожна [6]).

II. *Установленіе приданаго.* 1. *Обязанность къ этому.* На самой *женѣ* лежитъ только натуральная обязанность къ установленію за собой приданаго (debitum naturale), т.-е. такая юридическая обязанность, которая не даетъ мужу иска противъ жены, но приводитъ къ тому, что жена не имѣетъ cond. indebiti, если установила за собою приданое, думая, что она могла быть принуждена къ этому искомъ [7]). Сама жена имѣетъ по позднѣйшему

---

[2]) L. 8 § 13 D. 20, 6. L. 19 D. 44, 7. L. 5 § 5 D. 44, 4.
[3]) L. 31 C. 5, 12.
[4]) L. 3 D. 23, 3. Ulp. 63 ed... neque enim dos sine matrimonio esse potest.
[5]) См. *Windscheid* § 492, пр. 1 L. 4 D. 23, 3. L. 17, 18. C. 5, 12.
[6]) L. 16 D. 23, 4. L. 2. L. 12 § 1. D. eod. L. 1 § 1. D. 33, 4. *Arndts* § 395, пр. 2. *Dernburg* III, § 13; иначе *Windscheid* § 492, пр. 1.
[7]) L. 32 § 2. D. 12, 6. *Хвостовъ*, Натур. обязат. стр. 362 сл.; стр. 488.

праву юридическое притязаніе объ установленіи за нею приданаго къ слѣдующимъ лицамъ: а) къ *отцу и дѣду со стороны отца* [8]), хотя бы при отсутствіи patria potestas; впрочемъ, это притязаніе возникаетъ лишь въ томъ случаѣ, если жена сама не имѣетъ достаточнаго имущества [9]); b) къ *матери* въ случаѣ magna et probabilis causa [10]); кромѣ того, мать-еретичка по законодательству христіанскихъ императоровъ должна давать приданое за православною дочерью [11]).

2. *Актъ установленія.* Приданое установляется мужу; если онъ находится подъ отеческой властью, то по классическому праву приданое дѣлалось собственностью домовладыки мужа; по юстиніанову праву оно становится bonum adventicium мужа (ниже § 15, IV), т.-е. находится въ узуфруктѣ и управленіи его домовладыки, который обязанъ содержать супруговъ и ихъ семью.

Установить dos можетъ всякое лицо: сама жена, ея родители, третьи лица. Различаются въ этомъ отношеніи три вида приданаго: 1) *dos profecticia*, т.-е. приданое, установленное отцомъ или дѣдомъ по отцу изъ своего имущества (patria potestas не существенна [12]); 2) *dos adventicia*, или приданое, установленное всякимъ инымъ лицомъ, въ томъ числѣ и самой женой [13]); 3) особо стоитъ *dos recepticia*, при которой установитель выговариваетъ, чтобы dos вернулась къ нему самому по расторженіи брака [14]).

Самый актъ установленія приданаго состоитъ или въ дачѣ приданаго (dotis datio), или въ обѣщаніи приданаго (dotis promissio, dictio, pollicitatio), или въ установленіи легата въ завѣщаніи. а) *Datio dotis.* Установитель прямо дѣлаетъ мужу то предоставленіе, которое должно служить по заключеніи брака приданымъ. Предоставленіе можетъ имѣть самое различное содержаніе: можно передать въ качествѣ приданаго (dotis causa) собственность на движимыя или недвижимыя вещи [15]), установить jura in re aliena [16]), установить право требованія, цедировать его [17]), простить мужу долгъ [18]), передать ему пользованіе узуфруктомъ, отказаться отъ узуфрукта лежащаго на вещи мужа [19]) и т. д. Наконецъ, можно dotis causa отказаться въ пользу мужа (если онъ субститутъ или законный наслѣдникъ) отъ наслѣдства или легата [20]). Нерѣдко при установленіи приданаго производится *оцѣнка* (aestimatio) данныхъ въ приданіе объектовъ. Эта aestimatio большею частью совершается *venditionis causa*; въ такомъ случаѣ предметомъ возврата считается исключительно оцѣночная сумма, а не самыя вещи, данныя въ приданое; мужъ считается купившимъ эти вещи и удержавшимъ покупную цѣну въ качествѣ приданаго. Поэтому гибель данныхъ въ приданое вещей даже безъ всякой вины мужа не освобождаетъ его отъ обязанности къ реституціи оцѣночной суммы, т.-е. рискъ

---

8) L. 19 D. 23, 3.
9) L. 7 C. 5, 11. *Windscheid* § 494, пр. 4 и 5.
10) L. 14 C. 5, 12.
11) L. 19 § 3. C. 1, 5.
12) L. 5 D. 23, 3.
13) Ulp. 6, 3.
14) Ulp. 6, 5. L. 31 § 2 D. 39, 6.
15) L. 7 § 3 D. 23, 3.
16) Ususfructus L. 78 § 2 D 23, 3.
17) L. 2 C. 4, 10.
18) L. 43 pr. § 1. D. 23, 3.
19) L. 78 pr. § 1. D. 23, 3.
20) L. 5 § 5. D. 23, 3. L. 14 § 3. D. 23, 5.

лежитъ на немъ; за то и всѣ выгоды отъ этихъ вещей мужъ удерживаетъ въ свою пользу окончательно [21]). Иногда aestimatio дѣлается, напротивъ, *taxationis causa*, т.-е. только для того, чтобы не приходилось особо вычислять суммы вознагражденія, въ случаѣ виновнаго несовершенія мужемъ реституціи дотальныхъ объектовъ по расторженіи брака [22]). Aestimatio dotis можетъ имѣть также иное значеніе, смотря по намѣренію сторонъ (напр. возможно установить по договору обязанность вернуть альтернативно по выбору мужа или жены или сумму оцѣнки, или самыя вещи [23]). Въ случаѣ сомнѣнія о смыслѣ сдѣланной оцѣнки принимается aestimatio venditionis causa [24]). Если предметомъ приданаго является *цѣлое имущество* (напр. жены), то вслѣдствіе datio dotis не возникаетъ successio universalis, т.-е. долги передаваемаго имущества не переходятъ на мужа; но на мужа возлагается обязанность выплатить установителю приданаго, который продолжаетъ отвѣчать за долги переданнаго мужу имущества, сумму, которая необходима для погашенія этихъ долговъ [25]). b) *Обѣщаніе приданаго*. Эта сдѣлка состоитъ въ томъ, что установитель приданаго обязуется сдѣлать мужу то предоставленіе, которое должно будетъ служить приданымъ. Въ классическую эпоху юридическое обязательство изъ обѣщанія предоставить приданое возникало лишь при облеченіи этого обѣщанія въ форму стипуляціи (*dotis promissio*) или особаго договора, называвшагося *dotis dictio* [26]). Въ юстиніановомъ правѣ dotis dictio уже не встрѣчается, но на ряду съ стипуляціей получаетъ силу неформальный договоръ—*pollicitatio ditis* или *pactum dotis* [27]). Взыскивать по такому обѣщанію мужъ можетъ тотчасъ по заключеніи брака; если онъ не производитъ взысканія, то съ истеченіемъ двухъ лѣтъ послѣ заключенія брака должникъ, хотя бы онъ и не былъ in mora, обязанъ къ выдачѣ плодовъ или уплатѣ 4% въ годъ [28]). — c) *Легатъ*. Приданое можетъ быть установлено въ видѣ легата тѣмъ путемъ, что завѣщатель прямо отказываетъ мужу извѣстные объекты въ качествѣ приданаго (напр., „Titio genero meo heres meus dotis Sejae filiae meae nomine centum dato". L. 71 § 3. D. 35, 1; ср. L. 48 § 1 D. 23, 3). Мужъ является легатаріемъ и вчинаетъ искъ о выдачѣ легата; затѣмъ полученная имъ сумма занимаетъ обычное положеніе приданаго. Если же въ завѣщаніи сдѣланъ легатъ не мужу, а женѣ или третьему лицу и на легатарія возложенъ modus (см. Общ. ч. § 45) обратить тотъ легатъ въ приданое, то изъ такого легата приданое само собою не возникаетъ, а возникаетъ только для легатарія обязанность исполнить modus, т.-е. установить приданое [29]).

Возникающее для мужа требованіе объ установленіи приданаго обезпе-

---

21) L. 10 § 5 L. 14—16. D. 23, 3. L. 5, 10. C. 5, 12. L. 1 § 9 C. 5, 13. Однако aestimatio dotis есть „non simplex venditio.... sed dotis causa" (L. 16 cit.) и поэтому не должна служить спекулятивнымъ цѣлямъ (L. 6 § 2. D. 23, 3); вслѣдствіе этого aestimatio приводится въ соотвѣтствіе съ justum pretium dotis (L. 12 § 1. D. 23, 3. L. 6. C. 5, 18).

22) L. 69 § 7 D. 23, 3. L. 50 D. 24, 3.

23) L. 10 § 6 L. 11 D. 23, 3.

24) *Dernburg* III § 16 пр. 8.

25) L. 72 pr. D. 23, 3. L. 4 C. 5, 12. L. 13 § 10 D. 5, 3.

26) Ulp. 6, 1.

27) L. 6 C. 5, 11 (428 г.). Не слѣдуетъ смѣшивать этотъ *договоръ* съ pollicitatio, какъ одностороннимъ обѣщаніемъ. *Windscheid* § 495, пр. 2. *Dernburg* III, § 16, пр. 11.

28) L. 31 § 5. C. 5, 12.

29) L. 69 § 2. D. 30. L. 77 § 9. D. 31. L. 43. D. 32.

чено законной гипотекой на все имущество лица, обѣщавшаго установить приданое [30]).

3. *Время установленія.* Dos можетъ быть установлена до заключенія брака или послѣ заключенія брака.

а) Разсмотримъ прежде всего тотъ случай, когда приданое установлено *до заключенія брака.* Въ этомъ случаѣ возникаютъ два вопроса: 1) когда пріобрѣтаетъ мужъ предметъ приданаго? и 2) когда онъ получаетъ характеръ приданаго?

Что касается перваго вопроса, то въ этомъ отношеніи все рѣшается согласно намѣренію сторонъ; принимается во вниманіе, желали-ли стороны передать жениху права на дотальные объекты тотчасъ и безусловно, или же онѣ хотѣли передать ему эти права только подъ суспензивнымъ условіемъ: въ случаѣ заключенія брака въ будущемъ. Если смыслъ переговоровъ сторонъ не ясенъ и возбуждаетъ сомнѣнія, то вопросъ рѣшается на основаніи слѣдующихъ презумцій:

Обязательство дать что-либо въ приданое признается заключеннымъ подъ суспенсивнымъ условіемъ „si nuptiae secutae fuerint“; то же самое имѣетъ мѣсто при установленіи приданаго черезъ acceptilatio долга [31]); такимъ образомъ, до заключенія брака stipulatio или acceptilatio находятся in pendenti. При передачѣ *тѣлесныхъ вещей* презумціи иныя; если въ приданое даны res aestimatae venditionis causa, то сдѣлка признается условной и собственность (такъ же, какъ и periculum) не переходитъ на жениха до заключенія брака; если предполагаемый бракъ впослѣдствіи не состоится, то возможна rei vindicatio [32]). Напротивъ, если въ приданое даны вещи, не подвергнутыя оцѣнкѣ (non aestimatae), то въ случаѣ сомнѣнія предполагается, что онѣ немедленно переходятъ въ собственность жениха, и если бракъ не состоится, то къ нему можно предъявить лишь condictio sine causa, но не rei vindicatio [33]).

Что касается второго изъ поставленныхъ выше вопросовъ, то слѣдуетъ замѣтить, что предметы, данные in dotem (въ томъ числѣ даже вещи, немедленно перешедшія въ собственность жениха) получаютъ дотальный характеръ лишь съ момента заключенія брака [34]); плоды, собранные женихомъ до этого момента, увеличиваютъ капитальную сумму приданаго; законный залогъ жены на имущество мужа по поводу приданаго возникаетъ также лишь съ момента заключенія брака.

b) Dos можетъ быть установлена *по заключеніи брака* всякимъ лицомъ [35]), въ томъ числѣ даже самою женою, ибо, какъ сказано выше, установленіе приданаго не составляетъ даренія [36]). Кромѣ того, приданое можетъ быть *измѣнено* во время брака (permutatio dotis [37]); напр., на дотальныя деньги жены могутъ быть куплены вещи и наоборотъ; но такое измѣненіе

---

30) L. 1 § 1 b. C. 5, 13; *Windscheid* § 232, пр. 15.
31) L. 21, 22, 41 § 1. D. 23, 3.—L. 43 pr. D. eod.
32) L. 10 § 4, 5. L. 17 § 1. D. 23, 3.
33) L. 7 § 1—L. 9 pr. D. 12, 4. L. 7 § 3. L. 9 pr. D. 23, 3.
34) L. 1 § 2, 3 D. 41, 9. L. 3. D. 23, 3.
35) L. 7 § 3 D. 23, 3.
36) L. 20 C. 5, 3.
37) L. 19 C. 5, 3.

допускается лишь съ общаго согласія мужа и жены, и притомъ сдѣлка не должна итти во вредъ интересамъ жены; иначе она ее не обязываетъ [38]).

§ 7. Положеніе приданаго во время брака.

I. *Права мужа*. Dos дается мужу ad onera matrimonii ferenda. Прямымъ выводомъ изъ этой цѣли предоставленія является то, что *плоды*, получаемые отъ приданаго, поступаютъ въ собственность мужа, и онъ можетъ ихъ тратить полностью. L. 7 pr. D. 23, 3. Ulp. Dotis fructum ad maritum pertinere debere aequitas suggerit: cum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est eum etiam fructus percipere. Однако, римское право выражаетъ мысль о правѣ мужа на плоды приданаго не въ формѣ, напримѣръ, предоставленія мужу узуфрукта на приданое; оно идетъ дальше и признаетъ мужа *собственникомъ* тѣлесныхъ вещей, входящихъ въ составъ приданаго. Особенность обладанія приданымъ заключается лишь въ томъ, что на мужа возлагается, по общему правилу, обязанность вернуть приданое по расторженіи брака.

Какъ полный обладатель по праву собственности предметовъ, входящихъ въ составъ приданаго, мужъ принципіально долженъ имѣть и *право отчуждать ихъ*. Этого права, однако, *онъ былъ лишенъ* по lex Iulia de fundo dotali (составляющей главу изъ lex Iulia de adulteriis) относительно дотальныхъ *недвижимостей* (Paul. 2, 21 b, 2 Gai 2, 63). По Юстиніанову праву всякое отчужденіе ихъ, даже сдѣланное съ согласія жены, ничтожно, причемъ безразлично, совершено ли оно до брака или послѣ его расторженія, пока fundus еще не былъ реституированъ женѣ [1]). При томъ, запрещено отчужденіе въ широкомъ смыслѣ, т. е. не только переносъ собственности, но и умышленное допущеніе usucapio, установленіе залогового права или сервитутовъ (см. Общ. ч. § 36, III, 2 [2]); впрочемъ, пріобрѣтеніе участка по давности, начатое уже какимъ-либо третьимъ лицомъ до превращенія этого участка въ дотальный, заканчивается, несмотря на то, что узукапируемый участокъ дѣлается дотальнымъ [3]). На ничтожность отчужденія могутъ ссылаться слѣдующія лица: въ теченіе брака—мужъ, [4]) по расторженіи брака—жена и ея наслѣдники [5]); эти лица могутъ виндицировать отчужденный участокъ у его владѣльца. Отчужденіе дотальнаго участка допускается лишь въ томъ случаѣ, если приданое въ силу особой оговорки, сдѣланной при его установленіи, не должно поступить по расторженіи брака женѣ или ея наслѣдникамъ (напр. dos recepticia), т. к. запрещеніе установлено только въ интересахъ жены [6]). Lex Iulia не относится къ случаямъ, когда dos aestimata venditionis causa, а также къ недоброволыюму отчужденію (напр., missio in possessionem ex secundo decreto при отказѣ мужа дать cautio damni infecti [7]). Отчужденіе

---

38) L. 25—27 L. 32 D. 23, 3. L. 21 L. 29 pr. D. 23, 4.
1) L. 4—12 pr. D. 23, 5.
2) L. 1 C. 5, 23. L. 4 D. 23, 5. L. 16 D. 29, 1 L. 1 § 15 C. 5, 13. pr. I, 2, 8.
3) L. 16 D. 23, 5.
4) L. 1 § 5 D. 21, 3. *Windscheid* § 172 a пр. 2.
5) L. 30 C. 5, 12 L. 13 § 3 D. 23, 5.
6) L. 3 § 1 D. 23, 5.
7) L. 1 pr. D. 23, 5. См. вещное пр. § 14, III.

становится дѣйствительнымъ, если оно будетъ одобрено женою по расторженіи брака [8]), или если мужъ сохранитъ за собою приданое по расторженіи брака [9]). Слѣдуетъ прибавить, что самая lex Iulia запретила безусловно лишь *залогъ* участка [10]) съ тою цѣлью, очевидно, чтобы предупредить возможность согласія жены на залогъ приданаго за долги мужа (ср. идею Scti Vellejani); продажу дотальнаго участка съ согласія жены этотъ законъ считалъ допустимой. Только Юстиніанъ безусловно запретилъ всякое рѣшительно отчужденіе дотальнаго участка даже съ согласія жены [11]). Каноническое право разрѣшило отчужденіе участка въ случаѣ клятвеннаго подтвержденія согласія жены [12]).

Эвикція у мужа предметовъ, данныхъ въ dos, влечетъ за собою слѣдующія послѣдствія. Если dos—aestimata venditionis causa (выше § 6, II, 2), то къ такой dos примѣняются всѣ правила о куплѣ-продажѣ и мужъ имѣетъ къ установителю такой же искъ объ эвикціи, какой имѣетъ покупатель къ продавцу [13]). Если dos была установлена путемъ обѣщанія приданаго, т. е. путемъ dotis promissio, d. dictio, d. pollicitatio, затѣмъ это обязательство было исполнено черезъ передачу мужу извѣстныхъ вещей, и эти вещи были эвинцированы у мужа, то обѣщаніе установить приданое не считается исполненнымъ, и мужъ имѣетъ обычный искъ объ исполненіи этого обѣщанія [14]). Если, наконецъ, налицо была простая datio dotis безъ предшествующаго обѣщанія дать приданое и безъ aestimatio venditionis causa, то въ случаѣ эвикціи оказывалось, что на самомъ дѣлѣ приданаго не было дано; такъ какъ обязательства дать приданое также налицо не было, то по поводу эвикціи вещей, входящихъ въ составъ такого приданаго, мужъ вообще не могъ предъявить никакого иска. Справедливо, впрочемъ, замѣчаетъ Виндшейдъ [15]), что это было послѣдовательно только до тѣхъ поръ, пока обязательство дать приданое нуждалось для своей дѣйствительности въ извѣстной формѣ (dotis promissio или dictio). Съ тѣхъ же поръ, какъ получила силу неформальная pollicitatio dotis [16]), было бы послѣдовательнѣе видѣть въ каждой datio dotis молчаливо изъявленное и тотчасъ же исполненное обязательство дать приданое, и поэтому давать искъ объ эвикціи при всякой datio dotis, не проводя различія между тѣмъ случаемъ, когда обѣщаніе дать приданое сперва дается, и затѣмъ исполняется спустя нѣкоторое время, и

---

[8]) L. 77 § 5 D. 31. *Windscheid* § 497, пр. 14.

[9]) L. 17 D. 23, 5. L. 42. D. 41, 3.

[10]) *Herzen*, Origine de l'hypoth. rom. (1899) стр. 185 сл. доказываетъ, что lex Julia говорила о fiducia, а не о hypotheca.

[11]) L. 1 § 15 C. 5, 13. pr. J. 2. 8.

[12]) Cap. 28, X. 2. 24.

[13]) Но при расторженіи брака онъ обязанъ реституировать въ качествѣ приданаго ту сумму, которую онъ получилъ по иску объ эвикціи, хотя бы эта сумма была больше суммы оцѣнки. L. 16 D. 23, 3. L. 49 § 1 D. 24, 3. Оцѣночная сумма въ этомъ случаѣ не имѣетъ значенія, 1) потому что уплата ея обѣщана мужемъ не за то имущество, которое начало составлять приданое послѣ эвикціи первоначально данныхъ вещей, 2) потому что aestimatio dotis не должна служить спекулятивнымъ цѣлямъ, что могло бы произойти въ данномъ случаѣ (см. выше, § 6, прим. 21).

[14]) L. 1 C. 5, 12. L. 98 pr. D. 46, 3. L. 69 § 7 D. 23, 3. — L. 34 D. 23, 3 относится вѣроятно къ dos aestimata, *Баронъ* § 335 пр. 1 ср. *Windscheid* § 495, пр. 5.

[15]) Pandekten § 495, пр. 5.

[16]) Цитированная въ прим. 14. L. 1 C. 5, 12 относится къ 201 г., т.-е. издана раньше этого времени.

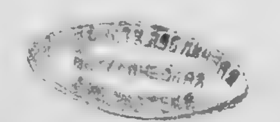
тѣмъ, когда оно изъявляется прямо черезъ исполненіе и принятіе. Такое рѣшеніе вопроса Виндшейдъ и предлагаетъ для современнаго права. Нужно замѣтить, впрочемъ, что, если такая неудачная datio dotis сдѣлана была умышленно—dolo malo, то мужъ имѣлъ a. de dolo и по римскому праву. Кромѣ того, если такое установленіе приданаго, впослѣдствіи эвинцированнаго, послѣдовало со стороны лица, обязаннаго по закону по отношенію къ женѣ дать за нею приданое, то жена имѣла противъ этого лица искъ о надлежащемъ исполненіи законной обязанности.

II. *Права жены.* Полнымъ хозяиномъ приданаго въ теченіе брака юридически является мужъ: онъ—собственникъ дотальныхъ вещей, кредиторъ по обязательствамъ, даннымъ въ приданое, и т. д. Тѣмъ не менѣе нѣкоторые юристы классическаго періода, а также императоръ Юстиніанъ, выражаются иногда такъ, какъ будто они приписываютъ право собственности на дотальныя вещи во время брака женѣ. Такъ, напримѣръ, у юриста Трифонина мы читаемъ, что dos „quamvis in bonis mariti est, mulieris tamen est“ (L. 75 D. 23, 3). Ульпіанъ пишетъ, что dos „ipsius filiae proprium patrimonium est“ (L. 3 § 5 D. 4, 4). Наконецъ, Юстиніанъ замѣчаетъ, что дотальныя вещи „ex naturali jure ejusdem mulieris sunt“ и только secundum juris subtilitatem ad mariti substantiam perveniunt“ (L. 30 C. 5, 12). На этихъ выраженіяхъ прежде основывали теорію двойной собственности на приданое: мужу приписывали dominium civile, а женѣ—dominium naturale или dormiens [17]). Такого рода конструкція приданаго, которую мы находимъ уже у Куяція [18]), неправильна. Всѣ другія свидѣтельства источниковъ и прочіе признаки приданаго говорятъ за полную собственность мужа на дотальныя вещи: какъ собственникъ, онъ имѣетъ право на полученіе плодовъ, обязанъ къ несенію тягостей, связанныхъ съ земельными участками; чтобы лишить его права совершать отчужденія, понадобился особый запретъ: въ принципѣ, слѣдовательно, это право принадлежало мужу. Съ другой стороны, какъ это сейчасъ будетъ выяснено, права жены на приданое во время брака слишкомъ слабы, такъ что было бы неосновательно конструировать ихъ, какъ dominium, хотя бы naturale или dormiens. Правильнѣе видѣть въ указанныхъ мѣстахъ источниковъ проявленіе не юридическаго, а житейскаго, такъ сказать естественнаго, воззрѣнія на вещи. Выраженія „partimonium filiae“ и „ex jure naturali mulieris sunt“ и проч. употребляются юристами и Юстиніаномъ не въ строго формальномъ значеніи права собственности жены; юристы хотятъ при помощи этихъ оборотовъ рѣчи выразить только ту мысль, что приданое дается ради жены, чтобы поднять ея положеніе въ семьѣ мужа, и что оно должно вернуться къ женѣ въ случаѣ расторженія брака. Съ юридической же точки зрѣнія собственникомъ приданаго является мужъ. Это въ сущности прямо и говоритъ Юстиніанъ въ L. 30 cit.

Такимъ образомъ, формально жена—не собственница приданаго. Но приданое можетъ къ ней вернуться и установлено ради нея. Поэтому за ней признаются и въ теченіе брака нѣкоторыя права на приданое. 1) Она можетъ до расторженія брака истребовать приданое отъ мужа въ случаѣ его расточительности или имущественной несостоятельности, но должна дать обезпеченіе въ томъ, что будетъ употреблять полученное имущество ad onera mat-



[17]) См. обзоръ литературы у *Windscheid* § 496 пр. 6. *Dernburg* III, § 18, пр. I.
[18]) Observationes lib. X c. 32.



rimonii ferenda [19]). 2) Если жена купила у кого-либо вещь, которую она затѣмъ дала за собою въ приданое, и вещь эта была эвинцирована у мужа, то жена имѣетъ къ продавцу искъ объ эвикціи [20]). 3) Жена, давшая въ приданое земельный участокъ, считается и въ теченіе брака землевладѣлицей и на этомъ основаніи освобождается отъ представленія обезпеченій (cautiones) въ случаѣ веденія судебныхъ процессовъ [21]) (отъ этихъ cautiones свободенъ также мужъ на основаніи обладанія тѣмъ же участкомъ въ качествѣ приданаго). 4) Наконецъ, жена можетъ истребовать приданое во время брака еще въ нѣкоторыхъ случаяхъ: чтобы уплатить долги, чтобы купить выгодное имѣніе, чтобы помочь нуждающимся близкимъ родственникамъ или выкупить ихъ изъ плѣна [22]). Отдача приданаго женѣ въ теченіе брака по инымъ основаніямъ, кромѣ указанныхъ въ п. 1 и 4, составляетъ запрещенное дареніе между супругами и не связываетъ мужа; кромѣ того, принятіе такого дара не связываетъ и жены, а потому, если мужъ не взялъ обратно отданнаго имъ женѣ приданаго (съ плодами), то, въ случаѣ гибели приданаго у жены, онъ не освобождается отъ обязанности къ реституціи приданаго по расторженіи брака [23]).

§ 8. Положеніе приданаго по расторженіи брака.

I. Первоначально [1]) приданое не подлежало возврату; оно давалось мужу навсегда и должно было перейти къ его наслѣдникамъ. Это объясняется тѣмъ, что въ древнее время разводы были рѣдки, и бракъ заключался дѣйствительно на всю жизнь супруговъ. Отсюда, вѣроятно, и возникло положеніе, что мужъ получаетъ на приданое право собственности, а не узуфруктъ (см. выше § 7, 1). Отголосокъ этого состоянія чувствуется въ слѣдующихъ словахъ юриста Павла: L. 1 D. 23, 3. Dotis causa perpetua est et cum voto ejus qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit. Хотя и въ эту древнѣйшую эпоху dos давалась въ интересахъ жены (чтобы поднять ея положеніе въ домѣ мужа), но при отсутствіи развода для нея не было опасно законодательство, не налагающее на мужа обязанности возвращать приданое при расторженіи брака; въ самомъ дѣлѣ: если бракъ расторгался смертью жены, то приданое ей больше не было нужно; если бракъ расторгался смертью мужа, то жена in manu наслѣдовала ему filiae loco, а жена, состоявшая въ бракѣ sine manu, получала отъ мужа по обычаю легатъ, замѣнявшій ей приданое, которое смѣшалось съ прочимъ имуществомъ мужа. Съ появленіемъ частыхъ разводовъ [2]) положеніе измѣнилось; стали возможны случаи спекуляціи на приданое путемъ вступленія въ бракъ съ богатой невѣстой; жена рисковала въ случаѣ развода остаться indotata и лишиться возможности вновь выйти замужъ. Все это привело къ возникновенію обычая заключать при установленіи приданаго договоръ о возвратѣ приданаго на случай расторженія

---

[19]) L. 22 § 8. 9. L. 24 pr. D. 24, 3. L. 29 C. 5, 12. Nov. 97 c. 6 pr.
[20]) L. 75 D. 23, 3.
[21]) L. 15 § 3 D. 2, 8.
[22]) L. 73 § 1 D. 23, 3—L. 20 D. 24, 3.
[23]) L. 1 C. 5, 19. *Dernburg* III, § 19 пр. 6.
[1]) См. къ послѣдующему *Dernburg*, III, § 14. *Girard*, стр. 950 сл.
[2]) По римскому преданію (Gell. 4. 3) первый разводъ въ Римѣ относится къ 523 году a. u. c. (Sp. Carvilius Ruga) и только тогда понадобились actio rei uxoriae и cautiones.

брака въ формѣ стипуляціи (cautio rei uxoriae); изъ такого договора возникалъ обычный стипуляціонный искъ (a. ex stipulatu) о возвратѣ приданаго. Сверхъ того преторскимъ правомъ былъ установленъ особый искъ — actio rei uxoriae, посредствомъ котораго приданое могло быть истребовано въ случаѣ смерти мужа или развода, хотя-бы особаго договора не было заключено. Этотъ искъ былъ созданъ исключительно въ интересахъ жены и потому не переходилъ къ наслѣдникамъ: онъ давался лишь самой женѣ, но не ея наслѣдникамъ, если бракъ расторгался смертью жены. Формула иска содержала въ кондемнаціи ссылку на aequitas (quod aequius melius) [3].

Третью эпоху въ исторіи приданаго составляетъ законодательство Юстиніана, находившагося подъ сильнымъ вліяніемъ греческаго права. Юстиніанъ объединилъ въ благопріятномъ для жены смыслѣ правила a. rei uxoriae съ нѣкоторыми другими, которые существовали лишь для иска, возникавшаго въ силу стипуляціи о возвратѣ приданаго; онъ даетъ новому иску имя actio ex stipulatu, хотя искъ этотъ возникаетъ теперь и въ тѣхъ случаяхъ, когда особой стипуляціи не было заключено. Юстиніанъ, очевидно, допускаетъ презумцію, что стипуляція de dote reddenda заключается всегда. Главныя черты этого новаго иска сводятся къ слѣдующему: у a. rei uxoriae заимствованъ ея характеръ bonae fidei actio, у a. ex stipulatu — ея наслѣдственность. Этимъ путемъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, былъ измѣненъ и кругъ лицъ, имѣющихъ право требовать возврата приданаго. Реформа Юстиніана содержится въ L. un. C. 5. 13. Но, такъ какъ въ Дигестахъ осталось довольно много рѣшеній, основанныхъ на старомъ правѣ, то для полнаго пониманія текстовъ Юстиніанова свода намъ нужно ознакомиться и съ нормами классическаго права о возвратѣ приданаго.

II. *Доюстиніаново право.* 1) Возьмемъ прежде всего случай, когда особаго договора о возвратѣ приданаго не было заключено. Въ этомъ случаѣ возникала для жены *a. rei uxoriae* (bonae fidei) [4] о возвратѣ приданаго. Этотъ искъ не всегда обязывалъ мужа возвращать приданое. a) Такъ какъ a. rei uxoriae не дается наслѣдникамъ жены, то въ случаѣ расторженія брака *смертью жены* мужъ оставляетъ приданое у себя; онъ обязанъ возвратить лишь dotem profecticiam, если установитель этого приданаго (восходящій родственникъ жены съ отцовской стороны, patria potestas не существенна) еще живъ; при этомъ, если отъ брака оставались дѣти, то мужъ имѣлъ право на retentio propter liberos въ размѣрѣ $1/5$ части приданаго на каждаго ребенка [5]. b) Въ случаѣ расторженіи брака *смертью мужа или разводомъ* приданое возвращается, но при этомъ дѣлается различіе: α) если жена sui juris, то приданое возвращается ей одной; если жена умерла, не истребовавъ еще отъ мужа приданаго и не поставивъ его въ mora debitoris, то мужъ удерживаетъ приданое за собою [6]; β) если жена alieni juris, то dos communis est patris et filiae, т.-е. его взыскиваетъ и получаетъ домовладыка жены, но не иначе какъ при отсутствіи противорѣчія со стороны дочери (nisi evidenter condradicat, consentire videtur [7]); въ случаѣ смерти домовлады-

---

[3]) Въ пользу того, что ссылка на aequitas содержалась въ кондемнаціи, высказывается *Lenel* Ed. perp. (tr. fr.), II, 21 сл.

[4]) L. 1 § 2. C. 5, 13. § 29 J. 4, 6.

[5]) Ulp. 6, 3—5. Vat. fr. 108. L. 1 § 6. C. 5, 13.

[6]) Ulp. 6, 6. 7.

[7]) L. 2 § 1. 2 (ср. общ. часть § 37 пр. 1) L. 3 L. 22 § 1. 3 L. 66 § 2. D. 24, 3. L. 34 § 6. D. 46, 3.

дыки [8]) или эманципаціи дочери изъ подъ его власти [9]) дочь взыскиваетъ приданое самостоятельно; въ случаѣ смерти дочери приданое взыскиваетъ домовладыка [10]). Возвращая приданое, мужъ имѣетъ право осуществить retentiones изъ приданаго: 1) retentio propter mores (при разводѣ по винѣ жены); 2) propter liberos, по $^1/_6$ части на ребенка, а всего не болѣе $^1/_2$ (при разводѣ по винѣ жены или ея домовладыки), 3) propter impensas utiles, 4) p. res donatas (donatio int. vir. et ux), 5) pr. res amotas (вещи, украденныя въ ожиданіи развода) [11]). Res fungibiles реституируются въ теченіе 3-хъ лѣтъ равными частями (annua, bima, trima die) [12]), остальное имущество—немедленно. Мужъ пользуется beneficium competentiae [13]).

2) Другія правила примѣнялись въ томъ случаѣ, если при установленіи приданаго заключенъ особый договоръ о его возвратѣ (cautio rei uxoriae). Договоръ о возвратѣ приданаго могъ быть заключенъ въ видѣ неформальнаго соглашенія, прибавленнаго къ самому установленію приданаго (pactum in continenti adjectum); изъ такого соглашенія возникаетъ для установителя a. praescriptis verbis или condictio [14]). Этотъ договоръ, далѣе, можетъ быть заключенъ путемъ стипуляціи; въ такомъ случаѣ искъ называется a. ex stipulatu [15]); стипуляція можетъ быть совершена и не при самомъ установленіи приданаго, т.-е. не ex continenti. Послѣдняго рода договоры составляли общее правило, и для насъ представляетъ особый интересъ a. ex stipulatu, который воспользовался для своей реформы Юстиніанъ. Это былъ искъ stricti juris въ противоположность a. rei uxoriae. Установитель приданаго выговаривалъ въ стипуляціи возвратъ приданаго себѣ самому (dos recepticia); если онъ былъ восходящимъ родственникомъ жены, то онъ могъ выговорить возвратъ приданаго женѣ или ея нисходящимъ, и послѣдніе могли предъявить къ мужу искъ (actio utilis) изъ этой стипуляціи, хотя они и не участвовали въ ея заключеніи (случай договора въ пользу третьяго лица) [16]). Этотъ искъ отличается отъ a. rei uxoriae слѣдующими чертами:

a) Онъ переходитъ на наслѣдниковъ; слѣдовательно, при наличности договора о возвратѣ приданаго мужъ *всегда* обязанъ вернуть приданое: если не будетъ въ живыхъ лица, въ пользу котораго выговоренъ возвратъ приданаго, то искать будутъ его наслѣдники.

b) Этотъ искъ не допускаетъ никакихъ retentiones, за исключеніемъ r. propter impensas necessarias. (о нихъ рѣчь ниже).

c) Отвѣчая по этому иску, мужъ не пользуется beneficium competentiae, и всякое приданое должно быть возвращено немедленно [17]).

---

8) L. 66 § 2. L. 4. D. 24, 3. L. 1 § 14. C. 5, 13.

9) L. 22 § 5. L. 2 § 1. D. 24, 3.

10) L. 25 pr. D. 46, 8.

11) Ulp. 6, 9—17. Слѣдуетъ отличать retentio propter liberos въ этомъ случаѣ отъ такой же retentio при возвратѣ dos profecticia: въ послѣднемъ случаѣ ничьей вины не предполагается.

12) Ulp. 6, 8.

13) L. 1 § 7 C. 5, 13. О так. наз. edictum de alterutro см. L. 1 § 3 C. cit. *Girard* стр. 932, пр. 4. *Dernburg* III § 14 прим. 7.

14) L. 1 § 13 C. 5, 13. L. 1 C. 5, 14.

15) L. 1 § 13 C. 5, 13.

16) L. 45 D. 24, 3. L. 7. C. 5, 14. *Girard* стр, 436, пр. 1. *Windscheid* § 316 пр. 6. *Dernburg*, II § 18 пр. 5.

17) L. 1 § 3 sqq. C. 5, 13.

III. *Юстиніаново право.* Юстиніанъ, какъ было указано выше, создалъ особую а. ex stipulatu bonae fidei для возврата приданаго во всѣхъ случаяхъ безъ различія, была ли заключена стипуляція о возвратѣ приданаго, или нѣтъ [17a]; для опредѣленія судьбы приданаго по расторженіи брака онъ объединилъ въ благопріятномъ для жены смыслѣ правила, созданныя какъ для а. rei uxoriae, такъ и для а. ex stipulatu. Юстиніаново право содержитъ слѣдующія правила на случай, если о возвратѣ приданаго не было заключено особыхъ pacta dotalia (объ этихъ послѣднихъ см. § 9 ниже).

1) *Лица, имѣющія право требовать возврата приданаго.* Таковыми являются по общему правилу, жена и ея наслѣдники. Мужъ и его наслѣдники обязаны реституировать этимъ лицамъ приданое при прекращеніи брака разводомъ, смертью мужа или жены [18]. Слѣдуетъ замѣтить только двѣ особенности. а) Если при разводѣ или смерти мужа жена стоитъ еще sub patria potestate, то, какъ и въ прежнемъ правѣ, dos communis est patris et filiae [19]; впрочемъ, по особому предписанію Юстиніана, отецъ, получившій приданое своей подвластной дочери, долженъ дать дочери въ случаѣ ея вступленія во второй бракъ то же самое приданое, если только его имущество не уменьшилось значительно къ этому времени [20]. b) Если бракъ расторгнутъ смертью жены, и на лицо имѣется установленная домовладыкой жены dos profecticia, установитель которой еще находится въ живыхъ, то такую dos получаетъ ея установитель, а не наслѣдники жены [21]. Dos adventicia всегда поступаетъ къ ея наслѣдникамъ при расторженіи брака смертью жены [22].

2) *Предметъ реституціи.* Долженъ быть возвращенъ весь *капиталъ приданаго.* Если онъ состоялъ изъ *res quae pondere, numero, mensura constant,* то мужъ долженъ вернуть не тѣ самыя вещи, которыя ему были даны, а такое же количество вещей того-же качества: periculum dotis лежитъ на немъ [23]. Если dos состоитъ изъ *незамѣнимыхъ вещей*, то должны быть возвращены тѣ самыя вещи, которыя были даны мужу, притомъ въ неповрежденномъ состояніи; мужъ отвѣчаетъ въ предѣлахъ culpa in concreto (diligentia quam suis rebus) за цѣлость вещей, данныхъ въ приданое [24]. Онъ отвѣчаетъ также за всякое отчужденіе [25]; если отчужденіе произошло съ согласія лица, которому должно быть реституировано приданое, то мужъ долженъ вернуть цѣну, полученную имъ за отчужденные предметы [26]. Если въ приданое дано *обязательство*, то возвращается сумма, взысканная мужемъ съ должника [27]; если эта сумма не была взыскана мужемъ, то совершается acceptilatio въ томъ

17a) L 1 § 1. C. cit.
18) L. 1 § 4. 6 C. cit.
19) L. 1 § 14 C. cit.
20) Nov. 97 c. 5.
21) L. 1 § 13 C. cit. L. 6 pr. D. 23, 3.
22) L. 1 § 6, 13 C. cit.
23) L. 42 D. 23, 3.
24) L. 24 § 5 L. 18 § 1 L. 25 § 1—4 L. 55. L. 66 pr. D. 24, 3.
25) L. 50 D. 24, 3.
26) L. 32 D. 23, 3. Такимъ образомъ, отчужденіе движимостей отличается отъ отчужденія недвижимостей тѣмъ, что оно дѣйствительно, но на мужѣ лежитъ отвѣтственность за отчужденіе (т.-е. обязанность возмѣстить весь интересъ), если только онъ не испросилъ согласія жены, или если движимыя вещи не были res fungibiles. Ср., однако, ниже, § 8, III, 4 примѣчаніе 47.
27) L. 44 § 1 D. 24, 3. L. 48 § 1. D. 23, 3.

случаѣ, когда должникомъ по обязательству является лицо, которому реституируется приданое [28]); въ остальныхъ случаяхъ обязательство цедируется ему [29]). Если въ приданое былъ данъ *узуфруктъ* на вещь того лица, которому реституируется приданое, то реституція состоитъ въ отказѣ мужа отъ узуфрукта [30]); если въ приданое былъ данъ узуфруктъ на вещь третьяго лица, то реституція сводится къ тому, что переносится пользованіе узуфруктомъ на лицо, которому возвращается приданое [31]); если приданое состояло въ отказѣ установителя отъ узуфрукта на вещь мужа, то узуфруктъ долженъ быть возстановленъ, если узуфруктуаръ еще живъ [32]).

Кромѣ того, вмѣстѣ съ капитальной суммой приданаго, выдаются всѣ *приращенія* къ дотальнымъ вещамъ (alluvio, ususfructus, возсоединенный съ nuda proprietas) [33]) и плоды, собранные до брака [34]). Остальные плоды распредѣляются по дотальнымъ годамъ слѣдующимъ образомъ: годъ считается отъ даты заключенія брака или установленія приданаго, если оно установлено по заключенію брака [35]); плоды, собранные въ теченіе каждаго полнаго года не подлежатъ реституціи: мы знаемъ, что эти плоды идутъ на покрытіе расходовъ семейной жизни и потому окончательно пріобрѣтаются мужемъ; плоды же, собранные мужемъ въ теченіе послѣдняго дотальнаго года, распредѣляются между мужемъ и тѣмъ лицомъ, которому реституируется приданое, пропорціонально времени, въ теченіе котораго существовалъ бракъ въ послѣднемъ дотальномъ году (если бракъ существовалъ въ этомъ году 4 мѣсяца, то мужъ получитъ $^1/_3$ плодовъ, собранныхъ въ этомъ дотальномъ году) [36]). Впрочемъ, вопросъ о распредѣленіи плодовъ послѣдняго года въ виду неясности источниковъ является спорнымъ [37]).

Встрѣчныя притязанія мужа. Юстиніанъ уничтожилъ поводы къ ретенціи прежняго права [38]). Retentio propter mores уничтожена въ виду установленія новыхъ штрафовъ за разводъ; retentio propter liberos отмѣнена въ

---

28) L. 41 § 4 D. 23, 3. L. 30 § 7 D. 24, 3.
29) L. 44 § 1 D. 24, 3.
30) L. 78 § 2 D. 23, 3. L. 57 D. 24, 3. Ср. Вещн. Пр. § 31, 1.
31) L. 66. D. 23, 3. L. 57 D. 24, 3.
32) L. 78 pr. § 1, 3. D. 23, 3. L. 57 D. 24, 3.—Аналогичныя правила примѣняются, если приданое состояло въ отказѣ отъ обязательственнаго требованія противъ мужа. L. 12 § 2 L. 43 § 1. 2 D. 23, 3. *Dernburg* III § 22 пр. 9.
33) L. 4 L. 10 § 1, 2. L. 65 D. 23, 3. L. 7 § 12. D. 24, 3. L. 1 § 9 C. 5, 13.
34) L. 7 § 1 L. 47 D. 43, 3.
35) L. 5, 6 D. 24, 3.
36) L. 1 § 9. C. 5, 13. L. 5—8 D. 24, 3.
37) *Windscheid—Kipp.* § 501 пр. 8 Ср. *Dernburg* III § 22 пр. 6, который примыкаетъ къ толкованію, предложенному *Петражицкимъ* (Die Fruchtverteilung I 1892). Kipp приводитъ рядъ возраженій противъ взгляда Петражицкаго. Спорной является, главнымъ образомъ, интерпретація фрагмента L. 7 § 1 D. 24, 3 Ulp. Papinianus autem libro XI quaestionum divortio facto fructus dividi ait non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit: neque enim, si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit eumque vir ex calendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Januarii suprema die facto divortio, retinere virum et vindemiae fructus et ejùs anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis aequum est: alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. itaque si fine mensis Januarii divortium fiat et quattuor mensibus matrimonium steterit vindemiae fructus et *quarta portio* mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur. Слова „quarta portio“ повидимому глосса.
38) L. 1 § 5 C. 5, 13.

виду того, что естественныя обязанности по отношенію къ дѣтямъ лежатъ на матери не менѣе, нежели на отцѣ; retentio propter res donatas et amotas уничтожена на томъ основаніи, что Юстиніанъ счелъ достаточнымъ исковъ, существующихъ на случай воровства и дареній между супругами; retentio propter impensas utiles была замѣнена a. mandati, если издержки сдѣланы съ согласія жены, и a. negotiorum gestorum во всѣхъ другихъ случаяхъ (Юстиніана не смущало то, что мужъ дѣлалъ эти impensae, будучи собственникомъ и не имѣя animus obligandi, а потому въ сущности не могъ считаться ни мандатаріемъ жены, ни гесторомъ). Осталась только retentio propter impensas necessarias. Эти издержки въ силу стариннаго правила сами собой уменьшаютъ приданое какъ имущественную массу (Sondervermögen): impensae necessariae dotem ipso jure minuunt [39]). Къ денежнымъ капиталамъ это правило примѣняется буквально: поскольку impensae necessariae затрачиваются на приданое, въ составъ котораго входятъ деньги, постольку сумма этихъ денегъ перестаетъ быть дотальною [40]); остальныя вещи не перестаютъ быть дотальными вслѣдствіе затраты на нихъ необходимыхъ издержекъ, но, благодаря указанному правилу, эти вещи въ юстиніановомъ правѣ подлежатъ ретенціи до тѣхъ поръ, пока издержки не будутъ возмѣщены мужу [41]).

3) *Время возврата.* Недвижимости должны быть возвращены тотчасъ же, а движимости и res incorporales—въ теченіе года; плоды этого года также реституируются [42]).

4) *Иски.* Главнымъ искомъ является знакомая намъ обязательственная *a. ex stipulatu* противъ мужа или его домовладыки, resp. ихъ heredes. Мужъ, его десценденты (какъ heredes) и его домовладыка имѣютъ beneficium competentiae [43]). Далѣе, лицо, управомоченное требовать возврата приданаго имѣетъ *законный залогъ на все имущество мужа*, въ силу котораго оно можетъ требовать путемъ a. hypothecaria у всякаго третьяго владѣльца каждую вещь, принадлежавшую мужу со времени заключенія брака [44]). Для жены и ея нисходящихъ heredes этотъ залогъ *привилегированъ*, т.-е. жена и ея нисходящіе предпочитаются всѣмъ инымъ (непривилегированнымъ) залоговымъ кредиторамъ мужа, хотя бы старшимъ по времени установленіи залога [45]). Наконецъ, *самой женѣ* Юстиніанъ (L. 30 C. 5, 12) далъ еще особый абсо-

---

39) L. 5 D. 25, 1. L. 61 D. 23, 2. L. 5 § 2 D. 23, 4. L. 1 § 4. L. 5 D. 33, 4. L. 1 § 5 C. 5, 13. § 37 J. 4, 6.

40) L. 5 D. 25, 1. L. 1 § 4. D. 33, 4. L. 56 § 3 D. 23, 3.

41) По господствующему воззрѣнію *impensae necescariae* — тѣ издержки, которыхъ необходимы для сохраненія вещи въ цѣлости. Къ impensae *utiles* относятся тѣ издержки, которыя возвышаютъ хозяйственную годность вещей. Иначе опредѣляютъ нхъ Петражицкій и Дернбургъ (см. Дернбургъ Пандекты. Общая часть, § 227). Особо выдѣлены impensae, сдѣланныя *для полученія плодовъ* отъ плодоносныхъ вещей и для собиранія и храненія этихъ плодовъ, а также modicae impensae, относящіяся ad praesentis temporis utilitatem (содержаніе рабовъ, обычный ремонтъ зданій, подати). Эти издержки зачитываются въ счетъ извлеченія плодовъ, и fructus intelleguntur deductis impensis (L. 3 § 1 L. 16 D. 25, 1. L. 7 pr. § 16 D 24, 3). Наконецъ, послѣдній разрядъ составляютъ impensae *voluptuariae*, издержки для удовольствія: по поводу этихъ издержекъ мужъ имѣетъ только jus tollendi, даже если онѣ сдѣланы съ согласія жены (L. 1 § 5 C. 5, 13. L. 7 pr. L. 9 L. 11 pr. L. 14 § 2 D. 25, 1).

42) L. 1 § 7 C. 5, 13.

43) L. 1 § 7 C. 5, 13.

44) L. 1 § 1 C. 5, 13.

45) L. 12 C. 8, 17 (18). § 29 J. 4. 6.

лютный искъ противъ всякаго владѣльца относительно самыхъ *вещей, входящихъ въ составъ приданаго*, безразлично, движимыя онѣ или недвижимыя, aestimatae или non aestimatae, если только онѣ еще существуютъ—si tamen extant. Смыслъ этого распоряженія Юстиніана споренъ во многихъ отношеніяхъ. 1) Не ясна самая природа иска: есть ли это дѣйствительно rei vindicatio (т.-е. собственность жены на dos возникаетъ при расторженіи брака ipso jure), или utilis rei vindicatio (т.-е. абсолютный искъ о переносѣ права собственности на жену), или a. hypothecaria (изъ новаго привилегированнаго залога жены на массу приданаго), или же, наконецъ, и rei vindicatio и a. hypothecaria вмѣстѣ. 2) Оговорку „si tamen extant" одни понимаютъ такъ, что жена не можетъ этимъ искомъ истребовать тѣхъ вещей, которыя законно отчуждены мужемъ при существованіи брака (т.-е. отчужденныхъ имъ движимостей [46]); другіе толкуютъ ее въ томъ смыслѣ, что жена не можетъ взыскивать тѣхъ только вещей, которыя фактически погибли [47]).

§ 9. **Pacta dotalia.**

I. Стороны могутъ заключать относительно судьбы приданаго во время брака и послѣ его прекращенія особые договоры и изъять приданое изъ-подъ дѣйствія общихъ нормъ права. Однако, стороны не вполнѣ свободны при установленіи содержанія этихъ договоровъ [1]). Оно подлежитъ большимъ ограниченіямъ, сущность которыхъ опредѣляется двумя принципами: 1) стремленіемъ создать гарантіи тому, чтобы приданое дѣйствительно служило назначенію ad onera matrimonii ferenda; 2) стремленіемъ обезпечить возвратъ приданаго по расторженіи брака, для того, чтобы жена не стала mulier indotata и могла-бы вновь выйти замужъ. Послѣдній принципъ выраженъ въ L. 2 D. 23, 3 Paulus. Reipublicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt. L. 1 D. sol. matr. 24, 3. Pomponius. Dotium causa semper et ubique praecipua est: nam et publice interest dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas ad subolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium.

II. Сущность этихъ ограниченій сводится къ слѣдующему.

1. Чтобы приданое въ теченіе брака дѣйствительно служило своей цѣли, установлено, что ничтожна оговорка, по которой плоды должны причисляться къ капиталу dotis; такая оговорка дѣйствительна лишь въ слѣдующихъ случаяхъ: a) если жена приметъ свое содержаніе на свой счетъ, или b) если мужу предоставляется право тратить на нужды брака проценты съ собранной имъ суммы плодовъ [2]).

2. Законъ стремится обезпечить возвратъ приданаго въ цѣлости самой

---

[46]) *Windscheid* § 503 пр. 4. *Баронъ* § 343 i. f.

[47]) Слѣдовательно жена, согласно этому послѣднему воззрѣнію, имѣетъ абсолютный искъ не только относительно отчужденнаго fundus dotalis, но и относительно движимыхъ вещей, отчужденныхъ мужемъ; сторонники этого взгляда (напр. *Dernburg III* § 20 пр. 7) добавляютъ обыкновенно только одно ограниченіе: жена не можетъ требовать движимыхъ дотальныхъ вещей у всякаго владѣльца, если она изъявила согласіе на ихъ отчужденіе; въ этомъ состоитъ различіе въ положеніи движимыхъ дотальныхъ вещей отъ fundus dotalis; иного различія между дотальными движимостями и недвижимостями не остается.

[1]) L. 12 § 1 D. 23, 4.

[2]) L. 4 D. 23, 4.

женѣ по расторженіи брака. Отсюда вытекаютъ слѣдующія ограниченія. Ничтожна оговорка, что мужъ не долженъ отвѣчать за diligentia in concreto по отношенію къ дотальнымъ объектамъ, а будетъ отвѣчать только за dolus (propter utilitatem nubentium [3]). Безусловно ничтожна оговорка, что dos должна остаться за мужемъ во всякомъ случаѣ, т.-е. перейти къ его наслѣдникамъ даже въ случаѣ расторженія брака его смертью; это значило бы превратить приданое въ donatio sub modo [4]). Кромѣ того есть еще ограниченія, различныя для разныхъ установителей приданаго:

a) Кто установляетъ приданое, не будучи къ тому обязанъ по закону, тотъ не можетъ послѣ установленія приданаго дѣлать никакихъ невыгодныхъ для жены оговорокъ безъ ея согласія [5]).

b) Кто обязанъ къ установленію приданаго по закону, тотъ связанъ уже при самомъ совершеніи акта установленія приданаго: онъ можетъ выговорить возвратъ dotis себѣ или оставленіе ея мужу при расторженіи брака смертью жены [6]); но онъ не можетъ безъ согласія жены выговорить ничего невыгоднаго для жены на тотъ случай, если dos должна быть возвращена ей (напр. болѣе поздняго срока реституціи [7]).

c) Сама жена, при установленіи приданаго, можетъ только отказаться отъ законнаго залога на имущество мужа въ обезпеченіе требованія о возвратѣ приданаго [8]), и выговорить оставленіе dos за мужемъ на случай расторженія брака ея смертью или разводомъ при наличности дѣтей отъ брака [9]).

3. Наконецъ, согласно общимъ принципамъ права, законъ не допускаетъ оговорокъ, юридически невозможныхъ (напр. о невычетѣ impensae necessariae, которыя ipso jure dotem minuunt [10]) или безнравственныхъ (напр., о лишеніи мужа beneficium competentiae [11]), о недопущеніи иска propter res amotas между супругами [12]).

Глава III. Другія имущественныя отношенія между супругами.

§ 10. Donatio propter nuptias.

I. Въ послѣконстантиновское время императорское законодательство нормируетъ новый институтъ [1]), заимствованный, вѣроятно, изъ обычнаго права восточныхъ провинцій имперіи. Сложился обычай, чтобы мужъ съ своей стороны совершалъ дареніе въ пользу жены, которое соотвѣтствовало-бы приносимому послѣдней приданому. Этотъ даръ остается во время брака въ собственности и управленіи мужа. Въ случаѣ же расторженія брака разводомъ

---

3) L. 6 D. 23, 4.
4) L. 2 L. 12 § 1. D. 23, 4. L. 1 § 1 D. 33, 4. L. 3 C. 5, 14.
5) L. 20 § 1 D. 23, 4. Cf. L. 45 D. 24, 3.
6) L. 29 pr. D. 24, 3. L. 12 pr. D. 23, 4 cf. L. 7 C. 5, 14.
7) L. 7, 19. D. 23, 4. L 28 D. 23, 3. L. 7 C. 5, 12. L. 29 pr. D. 24, 3.
8) L. 11 C. 4. 29.
9) L. 2 D. 23, 4. L. 3 C. 5, 14. Ср. L. 14–19 L. 29 pr. D. 23, 4.
10) L. 5 § 2 D. 23, 4.
11) L. 14 § 1 D. 24, 3.
12) L. 5 § 1 D. 23, 4.
1) См. о немъ подробно у *Mitteis,* Reichsrecht und Volksrecht (1891 г.), стр. 256 сл. *Гуляевъ* Предбрачный даръ 1891.

по винѣ мужа, donatio ante nuptias должна была перейти къ женѣ, подобно тому, какъ dos при наличности вины на сторонѣ жены доставалась мужу [2]). Кромѣ того, обыкновенно, въ договорахъ выговаривалось, что этотъ даръ долженъ перейти къ женѣ по расторженіи брака еще въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ, главнымъ образомъ, въ случаѣ расторженія брака смертью мужа; требовалось при этомъ, чтобы въ договорѣ соблюдался параллелизмъ съ dos: въ случаяхъ, аналогичныхъ съ тѣми, въ которыхъ женѣ было предоставлено право требовать выдачи donatio propter nuptias, и за мужемъ должно было быть выговорено право удерживать приданое въ тѣхъ же частяхъ [3]). По предписанію Юстиніана dos и don. pr. nuptias даже должны быть равны между собою [4]). Точно также, какъ отецъ жены долженъ былъ давать dotem за дочерью, такъ отецъ мужа обязанъ былъ по закону давать donatio pr. nuptias за своимъ сыномъ [5]). До Юстиніана donatio могла быть установлена только до брака, ибо еще не отличалась принципіально отъ даренія, а даренія между супругами были запрещены. Юстиніанъ разрѣшилъ установлять подобное дареніе также во время брака и соотвѣтственно съ этимъ далъ ему имя don. propter nuptias [6]); раньше оно называлось don. ante nuptias (не нужно смѣшивать съ этимъ даромъ подарки между помолвленными, которые иногда называются этимъ-же именемъ).

II. Въ теченіе брака, какъ сказано, donatio pr. nuptias остается въ собственности и управленіи мужа; но такъ какъ она вмѣстѣ съ dos должна служить ad onera martimonii ferenda, то мужъ не можетъ отчуждать недвижимыхъ вещей, входящихъ въ ея составъ [7]), а притязаніе жены о выдачѣ don pr. nuptias обезпечено законной гипотекой на все имущество мужа [8]). Если мужу грозитъ несостоятельность, жена можетъ уже въ теченіе брака истребовать капиталъ donatio propter nuptias, но обязана употреблять доходы отъ него на нужды брака [9]).

§ 11. Даренія между супругами.

I. Даренія между супругами запрещены. Возникновеніе этой нормы источники приписываютъ обычаю, mores [1]). Основаніемъ для запрещенія считаютъ слѣдующія соображенія: 1) стремленіе права защитить каждаго изъ супруговъ отъ невыгодныхъ послѣдствій неразумной слабости къ другому супругу [2]); 2) желаніе оказать защиту каждому супругу отъ эксплоатаціи его со стороны другого (главнымъ образомъ при помощи угрозы потребовать развода, если не будетъ сдѣлано дареніе, что представлялось возможнымъ въ виду широкой свободы развода [3]).

II. Подробности сводятся къ слѣдующему: 1) Запрещены *даренія*. Са-

---

2) L. 8 § 5 C. 5, 17.
3) L. 9, 10 C. 5, 14. Nov. 22 c. 20 pr.
4) Nov. 97 c. 1, 2.
5) L. 7 § 2 C. 5, 11.
6) L. 20 pr. C. 5, 3
7) Nov. 61.
8) L. 12 § 2 C. 8, 17. Nov. 109 c. 1.
9) L. 29 C. 5, 12.
1) L. 1 D. 24, 1.
2) L. 1 D. 24, 1.
3) L. 2. 3 pr. D. 24, 1.

мое понятіе даренія здѣсь уже, чѣмъ обыкновенно: чтобы быть запрещеннымъ дареніемъ между супругами, donatio должна не только уменьшать имущество дарителя, но и *обогащать* имущество одареннаго, т.-е. необходимо, чтобы выгода отъ него могла быть переведена на деньги [4]) (ср. Общ. ч. § 44, I, 5). Поэтому не запрещено, напр., дареніе земельнаго участка для немедленнаго обращенія послѣдняго въ мѣсто погребенія, т.-е. во внѣоборотную вещь [5]). Сдѣлано еще одно ограниченіе: если, благодаря даренію, одаренный только *избавляется отъ необходимости сдѣлать затрату изъ своего имущества*, но въ самомъ предметѣ даренія не получаетъ цѣнности, которую можно перевести на деньги, то *онъ не считается обогатившимся*, т.-е. дареніе не является запрещеннымъ (напр., жена, благодаря полученному отъ мужа дару, избавлена отъ необходимости купить мѣсто для погребенія; признается, что она все-таки „non idcirco fit locupletior, quod non expendit“ L. 5 § 8 D. 24, 1). Это, конечно, только особенность дареній между супругами, а не общее правило. Далѣе, уменьшеніемъ имущества супруга, совершающаго дареніе, не считается *его отказъ отъ открывающагося пріобрѣтенія*, дѣлаемый въ пользу другого супруга (напр., отказъ дарителя отъ открывающагося ему наслѣдства въ пользу одаряемаго, который можетъ быть субститутомъ или ближайшимъ наслѣдникомъ ab intestato послѣ отказавшагося наслѣдника). Такой отказъ отъ пріобрѣтенія поэтому имѣетъ силу даже тогда, когда онъ дѣлается donandi causa въ пользу супруга [6]). Не считаются, наконецъ, недозволенными дареніями тѣ предоставленія, которыя мужъ дѣлаетъ женѣ для того только, чтобы она могла удовлетворить потребности, соотвѣтствующія сословному и соціальному положенію супруговъ [7]). Въ видѣ исключенія дозволены затѣмъ: a) небольшіе подарки, дѣлаемые по обычаю (въ праздникъ, die natali [8]); b) дареніе жены мужу для полученія послѣднимъ почетной должности или отличія [9]); c) дареніе для возведенія вновь разрушеннаго зданія [10]); d) дареніе между императоромъ и его супругою [11]).

2) Запрещены даренія *между супругами*. Поэтому дѣйствительны даренія, сдѣланныя еще *до брака* (между помолвленными) [12]), если только вступленіе ихъ въ силу не отнесено ко времени брака [13]); дѣйствительны даренія, совершенныя во время брака, если сила ихъ отнесена ко времени *послѣ расторженія* брака (т.-е. donatio на случай развода [14]), don. mortis causa) [15]). Далѣе, по вопросу о дареніяхъ между супругами супругъ считается за одно лицо съ тѣми лицами, подъ властью которыхъ онъ самъ стоитъ, или которыя стоятъ подъ его властью, или которыя стоятъ съ нимъ подъ одной властью [16]); такимъ образомъ, мужъ не можетъ дарить домовладыкѣ жены, домовладыка

---

4) L. 5 § 8, 16. L. 25 D. 24, 1.
5) См. *Windscheid* § 509, прим. 6.
6) L. 5 § 13, 14 L. 31 § 7 D. 24, 1.
7) L. 7 § 1 L. 15 pr. L. 21 pr. 28 § 6 D. 24, 1 L. 11. C. 5, 16 cf. L. 33 § 1 D. 24, 1.
8) L. 31 § 8 D. 24, 1.
9) L. 40—42. D. 24, 1. L. 21. C. 5, 16.
10) L. 14 D. 24, 1.
11) L. 26 C. 5, 16.
12) L. 5 pr. L. 27. L. 36 § 1 L. 66. D. 24, 1. L. 23 C. 5, 16.
13) L. 32 § 22 D. 24, 1.
14) L. 11 § 11 L. 12. 13 pr. 60—62 pr. D. 24, 1.
15) L. 9 § 2 L. 11 § 9 L. 20 D. 24, 1. L. 40 D. 39, 6.
16) L. 3 § 2—8 L. 20 § 1 L. 32 § 16—21 L. 53 pr. L. 60 pr. D. 24, 1. L. 4. 5. C. 5, 16.

мужа—женѣ, домовладыка жены или сама жена—подвластнымъ дѣтямъ мужа, домовладыка мужа—домовладыкѣ жены и т. д. Основаніемъ такого правила является то соображеніе, что по классическому праву въ имущественномъ отношеніи домовладыка и подвластный являются однимъ лицомъ: подвластный не имѣетъ своего имущества, и всѣ его пріобрѣтенія поступаютъ къ отцу. Въ тѣхъ случаяхъ, когда этой „unitas personarum" и въ классическомъ правѣ не было, изложенное правило терпѣло исключенія: такъ напр., дозволены даренія между этими лицами (кромѣ самихъ супруговъ) изъ состава и на увеличеніе peculium castrense и quasi castrense [17]). Въ юстиніановомъ правѣ все это правило слѣдовало бы радикально измѣнить въ виду полной перемѣны имущественнаго положенія подвластныхъ (появленіе peculium adventicium; см. ниже § 15) [18]).

3) Запретъ имѣетъ послѣдствіемъ *полную ничтожность* даренія [19]). Обѣщаніе подарить не имѣетъ силы [20]). Переносъ собственности, сдѣланный donandi causa, не производитъ никакого эффекта (даритель можетъ виндицировать подаренную вещь у всякаго владѣльца ея [21]); если одаренный не имѣетъ уже въ своихъ рукахъ подаренной ему вещи, то даритель можетъ предъявить къ нему, кромѣ того, обязательственный искъ и вытребовать обогащеніе, полученное одареннымъ отъ подаренной вещи, напр., выручку отъ ея продажи [22]). Если дареніе состояло въ прощеніи долга или въ уничтоженіи jus in re, то прощенное требованіе или jus in re продолжаютъ существовать [23]).

4) Въ силу сенатусконсульта, изданнаго въ 206 году при Септ. Северѣ и Каракаллѣ (oratio Severi, oratio Antonini) [24]) ничтожность даренія между супругами *исцѣляется* съ обратною силою со времени совершенія даренія [25]), если даритель *умретъ раньше одареннаго или одновременно съ нимъ* [26]), *не отмѣнивъ до самой своей смерти сдѣланнаго даренія* [27]). Въ этомъ случаѣ предполагается, что дареніе было повторено при смерти и сдѣлано на время послѣ смерти дарителя. Но это правило относится только къ тѣмъ случаямъ, когда бракъ не былъ расторгнутъ разводомъ до самой смерти дарителя (т.-е. когда супругъ умеръ, состоя въ бракѣ) [28]).

§ 12. Штрафы за разводъ. Послѣдствія вступленія во второй бракъ. Нарушеніе траурнаго года.

I. Мы видѣли (въ § 4), что *односторонній разводъ* (repudium) допускался въ юстиніановомъ правѣ лишь по опредѣленнымъ основаніямъ. На су-

---

[17]) L. 3 § 4 L. 32 § 17 D. 24, 1.
[18]) *Баронъ* § 347, 2.
[19]) L. 3 § 10. 11 L. 5 § 1. L. 36 pr. L. 38 § 1 L. 48. L. 52 § 1 D. 24, 1.
[20]) L. 3 § 10 L. 5 § 3. 4. D. 24, 1.
[21]) L. 5 § 18 L. 36 pr. L. 48 D. 24, 1. L. 28 § 5 L. 17 § 1 D. eod.
[22]) L. 5 § 18 L. 7 pr. D. 24, 1.
[23]) L. 3 § 10 L. 5 § 1. 4 D. 24, 1.
[24]) L. 32 pr. L. 23 D. 24, 1.
[25]) L. 32 § 1, 8. D. 24, 1. L. 25 C. 5, 16.
[26]) L. 32 § 14 D. 24, 1. L. 8 D. 34, 5. L. 26 D. 39, 6.
[27]) L. 32 § 2—4. 5. 14. 15 D. 24, 1. L. 12. 15. 18 C. 5, 16.
[28]) L. 32 § 10—13 D. 24, 1. L. 18 C. 5, 16. О примѣненіи этихъ правилъ къ обѣщанію подарить см. *Windscheid* § 509 пр. 35.

пруга, *создавшаго своимъ поведенiемъ основанiе для развода*, налагались извѣстные *имущественныя невыгоды—штрафы*. Сущность этихъ штрафовъ сводится къ слѣдующему:

1. *Виновная жена* не получаетъ don. propter nuptias и теряетъ свою dos; если она виновна въ adulterium, то она, кромѣ того, теряетъ изъ своего остального имущества сумму, равную $^1/_3$ dotis. Если за ней не было приданаго, или притязанiе о возвратѣ приданаго принадлежитъ не ей, то она теряетъ $^1/_4$ своего имущества (но не болѣе 100 фунтовъ золота); въ случаѣ adulterium она теряетъ еще $^1/_{12}$ [1]).

2. *Виновный мужъ* долженъ выдать donatio propter nuptias; если онъ ложно обвинилъ жену въ adulterium, или держалъ наложницу, то онъ, кромѣ того, теряетъ еще изъ остального имущества сумму, равную $^1/_3$ суммы don. pr. nuptias. Если don. pr. nuptias не была установлена, то мужъ теряетъ $^1/_4$ всего своего имущества (но не свыше 100 ф. золота), а если онъ ложно обвинилъ жену въ любодѣянiи, или держалъ наложницу, то еще $^1/_{12}$ [2]).

Эти штрафы достаются при неимѣнiи дѣтей отъ брака невинному супругу; если есть дѣти, то они получаютъ собственность на имущество, удержанное въ видѣ штрафа, а невиновный супругъ—узуфруктъ.

Кромѣ того, виновная въ *прелюбодѣянiи*—adulterium—женщина и ея сообщникъ, если онъ былъ женатъ, подлежали *уголовному* наказанiю: конфискацiя имущества (въ пользу фиска, монастыря, родственниковъ) для обоихъ, заключенiе въ монастырь для жены, смертная казнь для мужчины [3]).

За односторонній разводъ безъ всякой уважительной причины Юстинiанъ сперва установилъ болѣе строгiя уголовныя наказанiя для жены, чѣмъ для мужа [4]), но затѣмъ уравнялъ наказанiя для обоихъ: полагалось пожизненное заключенiе въ монастырь и конфискацiя всего имущества въ пользу дѣтей, родственниковъ и монастыря [5]).

II. *Poenae secundarum nuptiarum.* Lex Iulia et P. Poppaea установила штрафы за безбрачiе и сохраненiе вдовства и поощряла вступленiе во второй бракъ. Съ торжествомъ христiанства, наоборотъ, стало считаться похвальнымъ воздержанiе отъ брака,—и были установлены штрафы за вступленiе во второй бракъ [6]). Эти штрафы—poenae secundarum nuptiarum—относились, впрочемъ, только къ тѣмъ случаямъ, когда отъ перваго брака оставались дѣти. Они касались отчасти каждаго parens binubus, отчасти только mater binuba. Важнѣйшiе изъ нихъ слѣдующiе:

1. Послѣдствiя *для каждаго parens binubus*: a) ***Потеря lucra nuptialia въ пользу десцендентовъ отъ перваго брака*** (*lucra nuptialia* суть dos или donatio pr. nuptias, удержанныя отъ другого супруга при расторженiи брака; дарения, полученныя отъ другого супруга, поскольку они дѣйствительны; легаты и наслѣдство, полученныя отъ другого супруга). Десценденты прiобрѣтаютъ эти lucra въ собственность по правиламъ, дѣйствующимъ для дѣленiя hereditas ab intestato, независимо отъ того, стали ли они наслѣдни-

---

[1]) L. 8 § 5 C. 5, 17. Nov. 117 c. 8 Nov. 134 c. 10.
[2]) L. 8 § 4 C. 5, 17. Nov. 117 c. 9.
[3]) Nov. 117 c. 8 Nov, 134 c. 10.
[4]) Nov. 117 c. 3.
[5]) Nov. 127 c. 4. Nov. 134 c. 11.
[6]) См. подробнѣе у *Keller* Pandekten II § 408.

ками своего умершаго parentis.—Conjux binubus сохраняетъ узуфруктъ на это имущество и управленіе имъ [7]).

b) *Parens binubus* не можетъ *отказать новому супругу* mortis causa больше, чѣмъ сколько онъ оставитъ mortis causa тому десценденту отъ перваго брака, который получитъ меньше всѣхъ остальныхъ [8]).

2. Послѣдствія *для mater binuba:*

a) Если она дѣлается законной наслѣдницей нисходящаго отъ перваго брака вмѣстѣ съ братьями и сестрами послѣдняго, то она получаетъ лишь узуфруктъ на свою часть (поскольку эта часть происходитъ отъ ея перваго мужа); собственность переходитъ къ братьямъ или сестрамъ умершаго или ихъ дѣтямъ [9]).

b) Она теряетъ способность къ опекѣ надъ дѣтьми [10]) и преимущественное право на ихъ воспитаніе [11]).

III. Послѣдствія *нарушенія траурнаго года*. По преторскому эдикту на вдову возлагалась обязанность не вступать во второй бракъ раньше истеченія 10 мѣсяцевъ по смерти мужа (tempus lugendi [12]); въ случаѣ нарушенія этого правила ее постигала infamia, равно какъ и ея домовладыку, давшаго согласіе на второй бракъ, а также новаго мужа и его домовладыку. Новый мужъ и вдова alieni juris освобождаются отъ infamia, если дѣйствовали по приказанію (jussu) своихъ домовладыкъ [13]). Основаніемъ для этой нормы служило слѣдующее соображеніе: не было бы извѣстно, кто изъ двухъ мужей является отцомъ ребенка, если вдова, вступившая въ бракъ до истеченія 10 мѣсяцесъ по смерти перваго мужа, родила ребенка въ теченіе этого срока (propter turbationem sanguinis [14]). Поэтому вдова, разрѣшившаяся отъ бремени раньше 10 мѣсяцевъ по смерти мужа, освобождалась отъ запрета вступать въ новый бракъ [15]). Позднѣйшее законодательство замѣнило 10-мѣсячный срокъ годовымъ [16]), и измѣнило самое основаніе запрета; теперь запрещеніе нарушать траурный годъ мотивируется требованіемъ добрыхъ нравовъ. Кромѣ того, новое право ввело суровыя наказанія за нарушеніе траурнаго года. Женщина лишалась всего, что получила отъ перваго мужа inter vivos или mortis causa; она теряла test. f. passiva; право наслѣдованія ab intestato она сохраняла лишь послѣ родныхъ до 3-ей степени; своему новому мужу она не могла дать больше $1/3$ своего имущества (въ качествѣ dos или по завѣщанію [17]). Тѣ же штрафы распространены были на женщину, которая на 11-мъ или 12-мъ мѣсяцахъ, но до истеченія года по смерти мужа, родитъ ребенка, который, очевидно, не могъ быть зачатъ отъ ея умершаго мужа [18]).

---

7) L. 3 C. 5, 9. Nov. 22 c. 23—26. c. 46.
8) Nov. 22 c. 27. L. 6. 10 C. 5, 9.
9) Nov. 22 c. 46.
10) Nov. 22 c. 40. Nov. 94 c. 2.
11) L. 1 C. 5, 49. Nov. 22 c. 38 Nov. 117 c. 7.
12) Vat. fr. 321.
13) L. 1 D. 3, 2. Vat. fr. 320.
14) L. 11 § 1 D. 3, 2.
15) L. 11 § 2 D. 3, 2.
16) L. 2 C. 5, 9.
17) L. 1, 2. C. 5, 9. L. 15 C. 2, 12. Nov. 22 c. 22.
18) Nov. 39 c. 2.

ОТДѢЛЪ II.

Отношенія между родителями и дѣтьми.

Глава I. Право родителей.

§ 13. Понятіе. Личныя и имущественныя отношенія между родителями и дѣтьми. Констатированіе родственной связи.

I. Въ настоящемъ отдѣлѣ мы должны разсмотрѣть двоякаго рода отношенія: 1) такъ назыв. право родителей (Elternrecht), т.-е. отношенія, которыя устанавливаются между восходящими родственниками и нисходящими вообще, независимо отъ того, возникло ли родство въ силу рожденія въ бракѣ или внѣ брака, или же по усыновленію и 2) отеческую власть въ частности.

II. *Между восходящими и нисходящими родственниками* право санкціонируетъ *извѣстныя права и обязанности*, опираясь на самый фактъ родства. При рожденіи въ бракѣ эти отношенія, какъ и родство, возникаютъ между нисходящими и восходящими какъ со стороны отца, такъ и со стороны матери, при усыновленіи—между усыновленнымъ и агнатами усыновителя [1]), при незаконномъ рожденіи, по общему правилу, они возникаютъ только по отношенію къ восходящимъ со стороны матери [2]). Между этими лицами должна господствовать взаимная любовь, а со стороны нисходящихъ еще и почтеніе (pietas) [3]); но это—дѣло морали. Право вмѣшивается въ эту область рѣдко, лишь въ слѣдующихъ случаяхъ:

1. Между восходящими и нисходящими санкціонированы извѣстныя *имущественныя* права и обязанности, а именно:

a) Мы уже видѣли, что отецъ и дѣдъ по отцу, а иногда также мать, должны давать *приданое* дочери или внучкѣ (§ 3). b) Восходящіе и нисходящіе взаимно обязаны давать *алименты* другъ другу; [4]) эта обязанность возникаетъ только въ случаѣ наличности нужды на одной сторонѣ и достаточнаго имущества на другой [5]). Грубое нарушеніе родительскихъ или дѣтскихъ обязанностей со стороны претендента на алименты по отношенію къ обязанному

---

[1]) L. 23 D. 1, 7. L. 1 § 4 D. 38, 8. L. 13 D. 1, 7. Ср. *Загурскій*. Личныя отношенія между родителями и дѣтьми по римскому и французскому праву 1884.

[2]) L. 5 D. 2, 4. L. 2, 8 D. 38, 8. § 4 I. 3, 5.

[3]) L. 4 D. 27, 10. L. 1, 9, 10 D. 37, 15.

[4]) L. 5, 8 D. 25, 3. L. 1—4 C. 5, 25. Nov. 117 c. 7.

[5]) L. 5 § 7. 13 D. 25, 3. L. 2 C. 5, 25.

лицу уничтожаетъ обязанность къ представленію алиментовъ [6]).—Кромѣ того родители должны уплачивать издержки на воспитаніе дѣтей [7]).—При рожденіи внѣ брака дѣти конкубины имѣютъ по юстиніанову праву притязаніе къ обоимъ родителямъ [8]); дѣти родившіяся отъ adulterium или incestus не имѣютъ притязанія ни къ кому [9]); остальныя незаконныя дѣти могутъ требовать алиментовъ отъ матери и ея восходящихъ родственниковъ [10]).

2. *Личныя обязанности дѣтей.* Дѣти обязаны къ obsequium et reverentia по отношенію къ родителямъ; поэтому они не могли in jus vocare родителей иначе, какъ съ особаго разрѣшенія претора [11]). По искамъ, предъявленнымъ нисходящими, родители пользуются всегда beneficium competentiae [12]) [13]). Дѣти не имѣютъ права вчинать противъ родителей a. famosae или иски, содержащіе въ формулѣ ссылку на dolus отвѣтчика (эти иски замѣняются actionibus in factum [14]).

3. *Личныя права родителей.* Въ позднѣйшую эпоху имперіи было установлено право родителей не допускать безъ своего согласія брака дочери, не достигшей 25 лѣтъ (см. выше § 3, III, 2).—Далѣе, родители имѣютъ право руководить воспитаніемъ дѣтей. Это право даетъ имъ возможность опредѣлить родъ и характеръ воспитанія, которое должны получать дѣти, и подвергать дѣтей умѣреннымъ наказаніямъ; для наложенія болѣе тяжкихъ наказаній необходимо содѣйствіе магистрата [15]). Право руководить воспитаніемъ дѣтей принадлежитъ отцу и матери вмѣстѣ, но въ случаѣ несогласій между ними рѣшающей признается воля отца; при наличности особыхъ основаній это право можетъ быть предоставлено одной матери [16]). По смерти отца право воспитанія переходитъ къ матери, если она не вступитъ во второй бракъ или если отецъ не распорядился иначе [17]). При разводѣ это право передается невиновной сторонѣ, или же судьба его опредѣляется судьей [18]).

III. Въ виду большого значенія юридическихъ отношеній между родителями и дѣтьми, было необходимо *обезпечить возможность доказать наличность родственной связи.* Римское право знаетъ слѣдующія мѣры, установленныя съ этою цѣлью [19]).

Если жена чувствовала себя беременной при разводѣ, то согласно Sctum Plancianum de liberis agnoscendis (при Адріанѣ) [20]) она должна была въ теченіе мѣсяца послать мужу denuntiatio. Мужъ долженъ былъ или отвергнуть denuntiatio (т. е. дать responsum, non esse mulierem ex se praegnatem) или послать custodes, чтобы слѣдить, не будетъ ли подброшенъ ребенокъ. Если мужъ не сдѣлалъ ни того, ни другого, то онъ не могъ отказаться впослѣд-

---

[6]) L. 5 § 11. 23 D. 25, 3. L. 4. C. 5, 25.
[7]) L. 5 § 12 D. 25, 3. L. 6 § 5. D. 37, 10.
[8]) Nov. 89 c. 12. 13.
[9]) Nov. 89 c. 15.
[10]) L. 5 § 4 D. 25, 3.
[11]) L. 4. 11. 12. 15. 24. 25 D. 2, 4.
[12]) [13]) L. 16. 17 D. 42, 1. cp. L. 7. § 3 D. 37, 15.
[14]) L. 2 § 1. L. 5. 6. 7. pr. § 2 D. 37, 15. Cf. L. 7 § 3 D. 47, 10.
[15]) L. 9 § 3 D. 1, 16. L. 3 C. 8, 46. L. 1 C. 9, 15.
[16]) L. 1 § 3. L. 3 § 5 D. 43, 30.
[17]) L. 1 § 1 D. 27, 2. L. 7 D. 33, 1. L. 1 C. 5, 49. Nov. 22 c. 38.
[18]) L. 1 C. 5, 24. Nov. 117 c. 7.
[19]) См. объ этомъ *Kuntze*, Excurse стр. 577 сл. *Accarias* I § 99. *Windscheid* § 520.
[20]) L. 1 D. 25, 3. Paul. 2, 24, 5—6.

ствіи отъ обязанности давать алименты родившемуся ребенку. Вопросъ о томъ, родился ли ребенокъ въ качествѣ его suus heres, остается нерѣшеннымъ до представленія доказательствъ этого. Если отецъ не отрицалъ беременности разведенной жены отъ него или посылалъ custodes, которые были приняты женщиной, то ребенокъ считается его сыномъ. Если женщина не совершила denuntiatio или не допустила къ себѣ посланныхъ мужемъ custodes, то тяжесть доказательствъ по вопросу о томъ, что рожденный ребенокъ сынъ ея бывшаго мужа, ложится на нее (она должна предъявить actio praejudicialis de partu agnoscendo). Послѣдующіе сенатусконсульты урегулировали вопросъ на случай беременности и спора о ней въ теченіе брака или по смерти отца[21]). Если, напротивъ, бывшій мужъ подозрѣвалъ наличность беременности, которую разведенная съ нимъ жена отрицала, то онъ, по рескрипту divorum fratrum, могъ послать къ ней трехъ акушерокъ по выбору претора для освидѣтельствованія ея (inspectio) и, если акушерки по большинству голосовъ признавали ее беременной, къ женѣ назначались custodes [22]).

Глава II. Patria potestas.

§ 14. Понятіе. Личныя отношенія между домовладыкой и подвластными.

I. Отеческою властью (patria potestas) именуется особый видъ господства одного лица надъ другимъ, рожденнымъ отъ него въ законномъ бракѣ, или приравненнымъ закономъ къ рожденному въ бракѣ. Это господство установлено не въ интересахъ лица, которое ему подлежитъ, но въ интересахъ субъекта господства — отца. По римскимъ воззрѣніямъ, прочность государственнаго строя обусловливалась прочной организаціей семьи, а послѣдняя была мыслима лишь при установленіи въ предѣлахъ дома сильной власти, предоставленной одному лицу. Власть эта: 1) всегда принадлежитъ мужчинѣ, но не женщинѣ, притомъ 2) непремѣнно лицу sui juris: ребенокъ, у котораго въ живыхъ нѣсколько восходящихъ, находится подъ властью наиболѣе отдаленнаго восходящаго, подъ властью котораго стоятъ всѣ болѣе близкіе [1]); 3) эта власть не прекращается достиженіемъ подвластнымъ какого-либо возраста; она продолжается до смерти домовладыки или до эманципаціи подвластнаго домовладыкой [2]) – Нужно замѣтить, впрочемъ, что по мѣрѣ упадка нравовъ злоупотребленія отеческой властью стали встрѣчаться все чаще; самый принципъ единаго и полнаго господства въ семьѣ въ имущественномъ и личномъ отношеніи домовладыки пересталъ мало-по-малу гармонировать съ измѣнившимися воззрѣніями общества. Поэтому первоначально крайне широкая власть домовладыки стала подвергаться ограниченіямъ, и въ юстиніановомъ правѣ мы имѣемъ дѣло лишь съ небольшими остатками прежде очень мощной patriae potestatis. Основной характеръ — господства, установленнаго въ интересахъ отца, а не подвластнаго, — остается за нею до конца.

---

21) L. 3 D. 25, 3.
22) L. 1 D. 25, 4. Paul. 2, 24, 7—9.
1) § 3 J. 1, 9.
2) См. объ этомъ *Mandry*, das gemeine Familiengüterrecht, I, стр. 46, 53 сл.

II. Patria potestas съ формальной стороны есть *абсолютное право* на другое лицо. Объектомъ его являются не отдѣльныя дѣйствія другого лица, способнаго быть субъектомъ правъ, но самое это лицо. Этому праву соотвѣтствуетъ обязанность всѣхъ гражданъ не препятствовать его субъекту осуществлять свое господство надъ другимъ лицомъ. Такимъ образомъ, отецъ имѣетъ абсолютный *искъ противъ всякаго третьяго лица,* удерживающаго у себя подвластнаго; для этой цѣли служитъ, съ одной стороны, filii vindicatio [3]), съ другой стороны interd. de liberis ducendis, подготовляемый посредствомъ interd. de liberis exhibendis [4]). Если мать имѣетъ по какимъ-либо особымъ причинамъ (выше § 13, II, 3) преимущественное право на воспитаніе дѣтей, то она получаетъ эксцепцію противъ этихъ исковъ отца [5]). Эти иски отличаются лишь формальными особенностями. Противъ самого сына, отрицающаго существованіе отеческой власти надъ собою, отецъ имѣетъ actio praejudicialis [6]); подобная же actio дается лицу, утверждающему, что оно не подлежитъ отеческой власти [7]).

III. Въ силу отеческой власти въ юстиніановомъ правѣ возникаютъ слѣдующія *личныя отношенія* между домовладыкой и подвластными: право отца *продать* filium filiamve sanguinolentos (т.-е. тотчасъ по рожденіи) въ случаѣ крайней нужды (это-все, что осталось отъ прежняго права манципировать дѣтей) [8]); право отдать ребенка in adoptionem [9]); право изъявлять согласіе на бракъ (очень ограниченное; см. § 3, III, 2); право назначать опекуна [10]), назначать substitutio pupillaris [11]). Остальныя правомочія отца надъ личностью подвластнаго отмѣнены: право продажи — Діоклетіаномъ [12]), jus vitae ac necis — Константиномъ [13]), noxae datio, т.-е. actio noxalis въ примѣненіи къ сыновьямъ семейства и дочерямъ—Юстиніаномъ [14]).

На публичныя права подвластнаго patria potestas не оказываетъ никакого вліянія [15]).

§ 15. Вліяніе отеческой власти на имущественное положеніе подвластныхъ.

I. Наибольшее вліяніе отеческая власть оказываетъ на *имущественное положеніе подвластнаго.* Впрочемъ, и здѣсь замѣчается постепенное ослабленіе отеческой власти. По древнему и даже классическому праву, все, что пріобрѣтаетъ семья, принадлежитъ домовладыкѣ. Отсюда подвластныя дѣти, хотя и являются право- и дѣеспособными и могутъ заключать сдѣлки

---

3) L. 1 § 2 D. 6, 1.
4) Dig. 43, 30. Cod. 8, 8.
5) L. 1 § 3 L. 3 § 5 D. 43, 30.
6) L. 1 § 2 D. 6, 1. L. 1 § 4 D. 43, 30.
7) L. 8 D. 22, 3.
8) L. 2 pr. C. 4, 43. *Accarias* I стр. 189.
9) L. 5 D. 1, 7.
10) L. 1 D. 26, 2.
11) L. 2 D. 28, 6. O subst. pupillaris см. Наслѣдст. пр. § 10, III.
12) L. 1 C. 4, 43.
13) L. 1 C. 9, 17.
14) § 7 J. 4, 8.
15) L. 9 D. 1, 6.

съ третьими лицами, но, находясь подъ patria potestas, они сами становятся только субъектами *обязанностей* изъ этихъ сдѣлокъ [1]); все-же, что они пріобрѣтаютъ въ качествѣ *актива*, принадлежитъ домовладыкѣ: собственнаго активнаго имущества подвластный имѣть не можетъ [2]). Первымъ отступленіемъ отъ этого порядка было появленіе peculium castrense при Августѣ [3]) и peculium quasi castrense при Константинѣ [4]). Окончательно измѣненъ онъ развитіемъ при христіанскихъ императорахъ системы такъ назыв. bona adventicia. Этотъ процессъ былъ законченъ реформами *Юстиніана*, который установилъ какъ общій принципъ, что все то, *что filius familias пріобрѣтаетъ на свое имя не изъ имущества отца, онъ пріобрѣтаетъ въ свою собственность; отцу принадлежитъ, самое большее, узуфруктъ и право управленія на такія пріобрѣтенія сына. За счетъ имущества отца подвластный не можетъ пріобрѣсти ничего для себя, а пріобрѣтаетъ все для отца* [5]). Въ частности нужно различать слѣдующія составныя части имущества подвластнаго.

II. *Peculium profecticium.* Мы сказали, что подвластный ничего не можетъ пріобрѣсти для себя на счетъ имущества отца; все, что онъ пріобрѣтаетъ съ помощью средствъ, взятыхъ изъ имущества отца, онъ пріобрѣтаетъ для отца. Практически это было возможно въ виду обычая устанавливать подвластному со стороны домовладыки такъ наз. peculium profecticium. Такъ именуется часть собственнаго имущества домовладыки, выдѣленная имъ подвластному для самостоятельнаго управленія [6]). Подвластный управляетъ этимъ имуществомъ и заключаетъ по его поводу юридическія сдѣлки на свое имя [7]). Сдѣлки эти обязываютъ домовладыку по правиламъ объ actiones adjecticiae qualitatis (см. прим. 1 выше). Подвластный можетъ вступать даже съ самимъ домовладыкою въ сдѣлки по поводу пекулія; изъ этихъ сдѣлокъ возникаютъ obligationes naturales, которыя увеличиваютъ или уменьшаютъ сумму пекулія при взысканіяхъ со стороны третьихъ лицъ посредствомъ actio de peculio [8]). Такимъ образомъ, *фактически* пекулій представляется какъ бы имуществомъ самого подвластнаго. Послѣдній ограниченъ въ своемъ управленіи лишь тѣмъ, что онъ можетъ отчуждать это имущество только въ немногихъ случаяхъ, напр. для покрытія пекуліарныхъ долговъ. Бо́льшія полномочія получаетъ подвластный, которому предоставлена libera peculii administratio [9]); но и такой обладатель пекулія не можетъ дѣлать изъ него дареній [10]). — Но *юридически* пекулій остается собственностью домовладыки и, если сдѣлки под-

---

1) L. 8 § 4 D. 46, 4 L. 39 D. 44, 7. Обязанности эти они не могутъ переносить на отца, за исключеніемъ опредѣленныхъ случаевъ: см. объ actiones adjecticiae qualitatis *Баронъ* § 221; *Дернбургъ* Обязат. право § 13—14 *Хвостовъ*, Ист. рим. пр. § 57, VII, 1.

2) Gai II, 87.

3) Ulp. 20, 10. pr. J. 2, 12.

4) *Kuntze* Cursus § 980. *Girard* стр. 139.

5) L. 6, 8 C. 6, 61. § 1 J. 2, 9.

6) Опредѣленія источниковъ см. въ L. 4 L. 5 § 4. D. 15, 1 cf. L. 40 pr. eod.

7) Поэтому въ источникахъ пекулій именуется „quasi patrimonium filii“, „veluti proprium patrimonium filii“. L. 47 § 6 L. 39 D. 15, 1.

8) См. о deductio de peculio и computatio in peculium *Хвостовъ*, Нат. обязат. стр. 103 сл. 129 сл.

9) L. 7 § 1 L. 46 L. 48 § 1 D. 15, 1 L. 28 § 2 D. 2, 14 L. 34 pr. D. 46, 2 L. 84 D. 46, 3 L. 52 § 26 D. 47, 2 L. 10 C. 4, 26.

10) L. 28 § 2 D. 2, 14 L. 7 pr.—§ 5 D. 39, 5 L. 1 § 1 D. 20, 3 L. 52 § 26 D. 47, 2.

властнаго обязываютъ его въ извѣстныхъ предѣлахъ, то и всѣ пріобрѣтенія, сдѣланныя подвластнымъ по дѣламъ пекулія, поступаютъ въ собственность отца. Послѣдній воленъ отнять пекулій у подвластнаго сына во всякое время.— *Пекулій устанавливается путемъ* передачи въ фактическое распоряженіе сына всякихъ правоотношеній: вещныхъ и обязательственныхъ. Пекулій признается установленнымъ въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) если отецъ прямо выдѣлитъ сыну нѣчто изъ своего имущества, чтобы установить пекулій [11]); 2) если онъ совершитъ donatio въ пользу сына; такъ какъ подвластный не можетъ ничего пріобрѣсти изъ имущества домовладыки, то такая donatio имѣетъ значеніе лишь установленія peculium profecticium [12]); она получаетъ полную силу даренія лишь въ томъ случаѣ, если отецъ умретъ раньше подвластнаго, не отмѣнивъ даренія [13]), или если отецъ эмансипируетъ подвластнаго, не отмѣнивъ даренія [14]).—Къ массѣ пекулія присоединяются и всѣ пріобрѣтенія подвластнаго, сдѣланныя въ связи съ управленіемъ пекуліемъ [15]).—*Прекращается* пекулій: 1) вслѣдствіе отнятія его со стороны отца, что отецъ можетъ сдѣлать во всякое время [16]) (отвѣтственность домовладыки или его наслѣдниковъ по искамъ третьихъ лицъ de peculio продолжается еще въ теченіе одного года—actio de peculio annalis [17]); 2) вслѣдствіе прекращенія отеческой власти. Въ случаѣ смерти отца пекулій возвращается въ массу отцовскаго наслѣдства, за исключеніемъ пекулія, возникшаго при дареніи отца сыну, если это дареніе осталось неотмѣненнымъ въ моментъ смерти отца. Въ случаѣ эмансипаціи сына пекулій считается подареннымъ сыну окончательно, если онъ не лишенъ пекулія при самой эмансипаціи; [18]) 3) когда фискъ отбираетъ имущество отца за долги, пекулій остается у подвластнаго, въ качествѣ его личнаго имущества [19]).

III. *Peculium castrense и quasi castrense.* Къ peculium castrense принадлежитъ все, что filius familias miles пріобрѣтаетъ на военной службѣ: жалованіе, военная добыча, подарки, полученные при вступленіи въ войско, подарки и предоставленія mortis causa, полученныя отъ товарищей [20]): наконецъ въ его составъ входитъ наслѣдство, полученное отъ жены [21]). Къ peculium quasi castrense относятся пріобрѣтенія, сдѣланныя на гражданской, придворной, духовной службѣ, въ качествѣ адвоката, подарки отъ императора и императрицы [22]). По отношенію къ этому имуществу подвластный считается полнымъ собственникомъ и вполнѣ свободенъ въ распоряженіи имъ inter vivos и mortis causa [23]). Если сынъ умеръ, не оставивъ завѣщанія, то по *доюстиніанову* праву peculium castrense и quasi castrense переходило къ отцу, но

---

11) L. 8 L. 4 pr. § 2 L. 7 § 1, 2 D. 15, 1.
12) L. 1 § 1 D. 41, 6 L. 11 C. 8, 53 (54). L. 15 pr. D. 49, 17.
13) L. 25 C. 5, 16 L. 8 § 2 c. C. 6, 61.
14) L. 31 § 2 D. 39, 5 L. 17 C. 8, 53.
15) L. 40 D. 15, 1 L. 1 § 5 L. 4 D. 41, 2.
16) L. 8 D. 15, 1.
17) Dig. 15, 2.
18) Vat. fr. 260.
19) L. 3 § 4 i. f. D. 4, 4.
20) L. 5. 6. 8. 11 D. 49, 17 L. 1, 4 C. 12, 36 L. 3 § 4 D. 24, 1 L. 4 C. 3, 36.
21) L. 13, 16 pr. D. 49, 17.
22) L. 7 C. 1, 51 L. 37 § 1 C. 3, 28 L. 6 C. 12, 36 L. 1 C. 12, 30 L. 4 C. 2, 7 L. 33 C. 1, 3 Nov. 123 c. 19 L. 7 C. 6, 61.
23) L. 2 D. 14, 6 L. 2, 4 § 1 L. 5, 15 § 1—4 L. 17 § 1 L. 19, 20 D. 49, 17 L. 2, 3 C. 12, 26.

не по наслѣдству, а въ качествѣ простого пекулія (jure peculii profecticii). „Quoad utatur jure concesso filius in castrensi peculio, eo usque jus patris cessaverit, quod si intestatus decesserit filius, postliminii cujusdam similitudine pater antiquo jure habeat peculium retroque videatur habuisse rerum dominia“ [24]). Такимъ образомъ, переходъ пекулія къ отцу имѣлъ обратную силу, т. е. всѣ распоряженія, которыя отецъ сдѣлалъ раньше, при жизни сына, относительно этого имущества, получали теперь полную силу (легаты, манумиссіи, отчужденія inter vivos). За долги сына, обладавшаго военнымъ пекуліемъ, отецъ, получившій этотъ пекулій по смерти сына, отвѣчалъ не въ полномъ размѣрѣ, какъ heres, а лишь въ размѣрахъ этого пекулія—по a. de peculio. Со времени *Юстиніана* это было измѣнено [25]): peculium castrense и quasi castrense въ случаѣ смерти подвластнаго переходитъ ab intestato уже обычнымъ наслѣдственнымъ порядкомъ.—Если обладатель такого пекулія—лицо недѣеспособное, то для управленія пекуліемъ назначается особая cura, какъ надъ лицомъ sui juris: въ первую очередь къ попечительству призывается отецъ, если только онъ способенъ быть попечителемъ [26]).

IV. *Bona adventicia regularia*. Сюда относится все, что пріобрѣтаетъ подвластный не ex re patris и что не поступаетъ въ составъ peculium castrense или quasi castrense, или въ составъ bona adventicia irregularia [27]). Если подвластному открывается наслѣдство, то наступаютъ слѣдующія послѣдствія: a) если подвластному менѣе 7 лѣтъ, то отецъ можетъ принять наслѣдство безъ участія подвластнаго, и оно поступаетъ въ составъ bona adv. regularia подвластнаго [28]); b) если подвластному болѣе 7 лѣтъ, то онъ можетъ самъ принять открывшееся наслѣдство съ согласія отца, и оно также переходитъ въ составъ его bona adventicia regularia; но онъ можетъ принять это наслѣдство и противъ воли отца, и тогда оно дѣлается b. adv. irregulare; онъ можетъ, наконецъ, отказаться отъ пріобрѣтенія наслѣдства, и тогда отецъ можетъ пріобрѣсти для себя въ полную собственность наслѣдство, открывшееся подвластному [29]). Bona adventicia regularia стоятъ въ собственности подвластнаго [30]); но онъ не можетъ ни управлять ими, ни отчуждать ихъ inter vivos, ни завѣщать [31]). По смерти подвластнаго bona adv. reg. переходятъ къ его наслѣдникамъ ab intestato [32]).—При жизни подвластнаго его отецъ имѣетъ *право управленія* относительно bona adventicia regularia [33]), причемъ не обязанъ отдавать отчетъ въ своемъ управленіи, но отвѣчаетъ за всякую небрежность (culpa levis), наличность которой докажетъ подвластный [34]). Отецъ можетъ отчуждать лишь ненужныя или подвергающіяся порчѣ вещи, а равно вещи нужныя для уплаты долговъ и легатовъ, которые обременяютъ наслѣдство, пріобрѣтенное подвластнымъ [35]). Прочія отчужденія, совершенныя

---

24) L. 19 § 3 D. 49, 17 Tryphoninus. См. также L. 1, 2, 14 pr. D. eod.
25) pr. J. 2, 12. Nov. 118 c. 1. Къ изложенному ср. *Accarias* I стр. 771.
26) L. 7 C. 5, 70.
27) L. 6 pr. § 1 C. 6, 61 § 1 J. 2, 9.
28) L. 18 pr. C. 6, 30 L. 8 § 1 C. 6, 61.
29) L. 8 pr. § 1. 2 C. 6, 61.
30) L. 6 pr. C. 6, 60.
31) L. 8 § 5 C. 6, 61 L. 11 C. 6, 22 Pr. J. 2, 12.
32) Nov. 118 c. 1.
33) L. 6 § 2 C. 6, 61.
34) L. 1 C. 6, 60 L. 8 § 4 C. 6, 61. *Windscheid* § 517 пр. 5.
35) L. 6 § 2. L. 8 § 4, 5 C. 6, 61 L. 1, 2 C. 6, 60.

отцомъ ничтожны, и даже пріобрѣтеніе собственности третьими владѣльцами по давности невозможно по отношенію къ bona adv. regularia [36]); давность по искамъ подвластнаго, возникающимъ по случаю такого отчужденія, начинаетъ течь лишь съ момента прекращенія patria potestas [37]). Кромѣ того, отецъ имѣетъ на bona adv. reg. *узуфруктъ*. При этомъ онъ, въ отличіе отъ обыкновеннаго узуфруктуара, можетъ производить перемѣны въ состояніи и назначеніи отдѣльныхъ вещей и свободенъ отъ cautio usufructuaria [38]). Узуфруктъ отца кончается съ прекращеніемъ стеческой власти, за исключеніемъ слѣдующихъ случаевъ: 1) если отецъ добровольно эмансипируетъ подвластнаго, то, какъ praemium emancipationis, онъ удерживаетъ пожизненно узуфруктъ на $^1/_2$ bona adventicia подвластнаго; это сдѣлано съ тою цѣлью, чтобы домовладыки не воздерживались отъ эмансипацій изъ опасенія лишиться узуфрукта [39]); 2) если отецъ не наслѣдуетъ ab intestato своему подвластному послѣ его смерти (напр., потому что его исключаютъ отъ наслѣдованія нисходящіе подвластнаго), то отецъ сохраняетъ узуфруктъ пожизненно [40]).

V. *Bona adventicia irregularia.* Сюда принадлежитъ: a) имущество, которое подвластный пріобрѣтаетъ вопреки волѣ отца [41]); b) имущество, которое подвластный наслѣдуетъ вмѣстѣ съ отцомъ отъ другого нисходящаго того же отца [42]); c) имущество, которое третье лицо даритъ подвластному съ особою оговоркою о томъ, что отецъ одареннаго не долженъ имѣть на это имущество никакого права [43]).—Bona adventicia irregularia стоятъ въ полной собственности подвластнаго. Управляетъ ими онъ самъ, если дѣеспособенъ [44]); если же онъ недѣеспособенъ, то назначается особый curator, каковымъ въ случаяхъ *a* и *b* прежде всего является отецъ, если онъ способенъ быть попечителемъ; въ случаѣ *c* опекунъ назначается властями по усмотрѣнію, если нѣтъ въ виду особаго распоряженія со стороны предоставителя имущества [45]). Завѣщать bona adv. irreg. подвластный не можетъ; въ случаѣ его смерти они переходятъ къ его наслѣдникамъ [46]).

VI. *Юридическія сдѣлки между домовладыкой и подвластнымъ.* Въ древнемъ римскомъ правѣ, когда подвластный не могъ имѣть собственнаго имущества и пріобрѣталъ все для отца, — юридическія сдѣлки между домовладыкой и подвластнымъ были немыслимы, равно какъ и судебные процессы имущественнаго характера между ними [47]). Съ появленіемъ peculium profecticium—фактическаго имущества подвластнаго—сдѣлки между домовладыкой и подвластнымъ по поводу этого имущества устанавливаютъ obligationes *naturales*, которыя принимаются во вниманіе при вычисленіи суммы пекулія въ

---

36) L. 1 C. 6, 60 L. 4 C. 6, 61 L. 1 § 2 C. 7, 40.

37) L. 1 § 2 C. 7, 40 L. 1 C. 6, 60 L. 4 i. f. C. 6, 61. Nov. 22 c. 24 i. f. О пріостановкѣ исковой давности вообще см. Общ ч. § 53.

38) L. 1 C. 6, 60 L 6 § 2 L. 8 § 4 d. C. 6, 61.

39) L. 6 § 3 C. 6, 61 § 2 J. 2, 9.

40) L. 3. 4. 6 § 1 C. 6, 61. Nov. 118 c. 1. 2.

41) L. 8 § 1 C. 6, 61. См. выше въ этомъ § пр. 29.

42) Nov. 118 c. 2.

43) Nov. 117 c. 1.

44) Nov. 117 c. 1 § 1 L. 8 § 1 C. 6, 61

45) L. 8 § 1 c. C. 6. 61. Nov. 117 c 1 § 1.

46) L. 11 C. 6, 22. *Windscheid* § 517 пр. 22.

47) § 6 J. 3, 19 L. 2 pr. D. 18, 1. L. 50 D. 36, 1 L. 7 D. 44, 7 L. 4, 11 D. 5, 1 L. 7 § 3 D. 47, 10 cf. L. 5 pr. D. 25, 3 L. 92 D. 35, 1.

тѣхъ случахъ, когда третьи лица производятъ взысканіе съ отца посредствомъ actio de peculio; но исковой защитой они, по общему правилу, не снабжены [48]). Съ появленіемъ peculium castrense и quasi castrense, относительно которыхъ filius familias былъ полноправнымъ хозяиномъ, признаны были дѣйствительными сдѣлки между подвластнымъ и домовладыкой, которыя стояли въ связи съ этимъ собственнымъ имуществомъ подвластнаго сына. Эти сдѣлки порождали *исковыя* обязательства между отцомъ и подвластнымъ [49]). Тоже самое правило, вѣроятно, приходилось распространять и на сдѣлки между отцомъ и подвластнымъ, которыя касаются bona adventicia [50]); но источники молчатъ объ этомъ, и Юстиніанъ упоминаетъ въ своей компиляціи только о полной силѣ сдѣлокъ, заключаемыхъ между отцомъ и подвластнымъ сыномъ по поводу pecul. castrense и quasi castrense.

§ 16. **Возникновеніе отеческой власти.**

I. Отеческая власть возникаетъ, прежде всего, черезъ *рожденіе отъ justae nuptiae* или *matrimonium juris civilis* (между лицами, имѣющими jus conubii [1]). Ребенокъ становится подъ власть отца; если послѣдній самъ находится sub patria potestate, то ребенокъ становится подъ власть домовладыки отца и лишь со смертью послѣдняго переходитъ подъ власть отца [2]).

II. Далѣе, отеческая власть устанавливается черезъ *легитимацію*, т.-е. узаконеніе незаконныхъ дѣтей. Въ римскомъ правѣ, впрочемъ, легитимація существуетъ только для дѣтей отъ конкубины [3]). Въ силу легитимаціи эти дѣти получаютъ всѣ права законнаго рожденія, т.-е. поступаютъ подъ отеческую власть и дѣлаются агнатами и когнатами родственниковъ отца (до легитимаціи они признаются лишь когнатами родственниковъ матери). Легитимація предполагаетъ согласіе или, по меньшей мѣрѣ, отсутствіе противорѣчія со стороны узаконяемыхъ дѣтей, которыя не должны дѣлаться лицами alieni juris противъ своей воли (Nov. 89 c. 11). Она совершается тремя способами:

1. *Legitimatio per subsequens matrimonimum* [4]). Для узаконенія дѣтей послѣдующимъ бракомъ между отцемъ и матерью ребенка, допущеннаго имп. Анастасіемъ, необходимо, чтобы: 1) ребенокъ происходилъ отъ конкубината, а не отъ случайной связи; 2) бракъ былъ возможенъ уже въ моментъ зачатія ребенка; 3) намѣреніе родителей придать конкубинату характеръ законнаго брака выразилось въ составленіи instrumentum dotale

2. *Legitimatio per rescriptum principis*, введенная Юстиніаномъ [5]). Рескриптъ испрашивается обыкновенно отцемъ узаконяемыхъ дѣтей; но отецъ можетъ также, назначая дѣтей отъ конкубины своими наслѣдниками, разрѣшить

---

[48]) L. 38 D. 12, 6 *Хвостовъ* op. cit. стр. 189 слл.
[49]) L. 4 D 5, 1 L. 15 § 1 D. 49, 17 L. 2 D. 14, 6.
[50]) Впрочемъ, по этому поводу мнѣнія ученыхъ расходятся; см. *Хвостовъ* op. cit. стр. 212 сл.
[1]) pr. J. 1, 9 § 12 J. 1, 10.
[2]) L. 4, 5 D. 1, 6. pr. J. 1, 12.
[3]) *Girard* стр. 184 слл. *Dernburg* III, § 29 пр. 2. Ср. впрочемъ *Windscheid* § 522 пр. 1.
[4]) L. 10, 11 C. 5, 27 Nov. 74 pr. Nov. 89 c. 8.
[5]) Nov. 74 pr. c. 1, 2 Nov. 89 c. 9—11.

имъ въ своемъ завѣщаніи самимъ испросить рескриптъ у императора (т. наз. legitimatio per testamentum). Къ этой легитимаціи прибѣгаютъ въ случаѣ невозможности брака съ конкубиною (напр. въ случаѣ ея смерти); она предполагаетъ отстутствіе законныхъ дѣтей у лица, узаконяющаго дѣтей отъ конкубины.

3. *Legitimatio per oblationem curiae* [6]). Этотъ способъ былъ установленъ впервые имп. Өеодосіемъ и Валентиніаномъ. Курія — муниципальный сенатъ въ городахъ и мѣстечкахъ имперіи; члены этихъ сенатовъ составляли знать, которая противополагалась плебеямъ, и пользовалась нѣкоторыми привилегіями (напр., изъятіемъ отъ пытки, тѣлесныхъ наказаній). Но эти привилегіи не уравновѣшивали тяжкихъ имущественныхъ повинностей, лежавшихъ на куріонахъ: послѣдніе должны были на свой счетъ устраивать публичныя игры, а, главнымъ образомъ, пополнять изъ своихъ средствъ недоимки по взысканію личной и земельной подати съ населенія ихъ общины. Поэтому куріоны всѣми средствами старались избавиться отъ всего званія, а правительство всѣми мѣрами заботилось о сохраненіи этого учрежденія. Къ числу поощрительныхъ мѣръ относится и разсматриваемый нами способъ легитимаціи: отецъ, не будучи куріономъ, могъ узаконить своего сына отъ конкубины, если онъ дѣлалъ его куріономъ своей patriae; онъ могъ узаконить дочь, выдавъ ее замужъ за куріона. Онъ долженъ былъ при этомъ подарить или завѣщать узаконяемому надлежащее количество земли. Послѣдствія этой легитимаціи менѣе полны: узаконенный дѣлался лишь подвластнымъ и suus heres своего отца, но не дѣлался агнатомъ и когнатомъ родственниковъ отца (какъ это имѣло мѣсто въ двухъ первыхъ случаяхъ).

III. Наконецъ, отеческая власть возникаетъ черезъ *усыновленіе*. Усыновленіемъ въ классическомъ правѣ назывался актъ, путемъ котораго одно лицо искусственно становится подъ отеческую власть другого. Въ юстиніановомъ правѣ, однако, есть случаи, когда отеческая власть не устанавливается при усыновленіи, и оно имѣетъ своимъ послѣдствіемъ только установленіе родства. Разница съ узаконеніемъ состоитъ въ томъ, что усыновленію могутъ подлежать лица, не происходящія по рожденію отъ усыновителя.—Усыновленіе бываетъ двухъ родовъ: *adoptio*, если усыновляется лицо alieni juris (оно мѣняетъ, слѣдовательно, носителя отеческой власти надъ собою), и *arrogatio*, если усыновляется лицо sui juris [7]).—*Adoptio* совершается въ юстиніановомъ правѣ путемъ занесенія воли прежняго домовладыки и усыновителя въ судебный протоколъ (apud acta); усыновляемый долженъ присутствовать и не противорѣчить [8]). *Arrogatio* совершается путемъ рескрипта императора по просьбѣ усыновителя и при согласіи усыновляемаго [9]); если послѣдній находится подъ опекою, то необходимо согласіе всѣхъ его опекуновъ [10]).

Матеріальныя *условія усыновленія слѣдующія*: 1) Усыновлять могутъ по общему правилу только мужчины; женщины могутъ испрашивать rescriptum principis на усыновленіе только въ томъ случаѣ, если онѣ имѣли дѣтей и лишились ихъ [11]). Усыновитель не долженъ состоять подъ отеческой властью [12]).

---

6) L. 3. 4. 9 C. 5, 27. Nov. 89 c. 2—4. § 13 I. 1, 10.
7) L. 1 § 1 D. 1, 7 *Girard* стр. 168 сл.
8) L. 11 C. 8, 47.
9) L. 2 pr. D. 1, 7. § 1 J. 1, 11.
10) L. 5 §§ 1. 2 C. 5, 59.
11) L. 5 C. 8, 47.
12) Ср. впрочемъ L. 1, 11 D. 1, 7. § 7 J. 1, 11.

Онъ долженъ быть не менѣе, какъ на 18 лѣтъ старше усыновляемаго: „adoptio naturam imitatur“ [13]). Поэтому онъ не долженъ быть кастратомъ; впрочемъ, лицамъ, отъ природы неспособнымъ къ зачатію,—spadones—разрѣшено усыновлять [14]). 2) Не могутъ быть усыновляемы дѣти отъ конкубины; для нихъ существуетъ легитимація [15]). 3) Усыновленіе не допускается на срокъ или подъ условіемъ, ибо это несогласно съ существомъ отеческой власти [16]). 4) Для аррогаціи существуютъ особыя условія. Дѣло въ томъ, что при адопціи бывшій домовладыка провѣряетъ, выгодно ли усыновленіе для его подвластнаго. При аррогаціи же эту задачу выполняетъ магистратъ; онъ обязанъ произвести causae cognitio и долженъ констатировать: a) что усыновитель не имѣетъ законныхъ дѣтей [17]), и что ему уже болѣе 60 лѣтъ [18]); b) что онъ не состоитъ и не былъ опекуномъ усыновляемаго, имѣющаго менѣе 25 лѣтъ отъ рожденія [19]); c) что дѣло не идетъ объ усыновленіи богатаго бѣднымъ съ корыстною цѣлью [20]); d) магистратъ не долженъ допускать аррогацію нѣсколькихъ лицъ сразу [21]). При наличности уважительныхъ основаній магистратъ можетъ допустить изъятія изъ этихъ правилъ. Особенно строго совершается causae cognitio при arrogatio impuberis [22]).

Послѣдствія усыновленія. 1) При *аррогаціи* лицо sui juris вступаетъ подъ отеческую власть аррогатора и становится на все время существованія надъ нимъ власти аррогатора агнатомъ и когнатомъ всѣхъ его агнатовъ съ правомъ наслѣдовать другъ послѣ друга [23]). Особыя правила существуютъ на случай *аррогаціи лица, не достигшаго pubertas.* Если такой усыновленный умретъ до достиженія pubertas, его имущество переходитъ къ тѣмъ лицамъ, которыя были бы его наслѣдниками, если бы аррогація не состоялась, то-есть, къ пупиллярному субституту или къ его heredes ad intestato, а pater arrogator въ этомъ случаѣ не пользуется наслѣдственнымъ правомъ [24]). Далѣе, impubes arrogatus имѣетъ право на $^1/_4$ наслѣдства усыновителя, если онъ былъ эманципированъ имъ sine justa causa или эксгередированъ (quarta divi Pii [25]); наконецъ, онъ можетъ, достигши pubertas, потребовать эманципаціи, если докажетъ, что аррогація ему вредна [26]).—2) При *адопціи* со времени Юстиніана нужно различать два случая: *adoptio plena* и *adoptio minus plena* [27]). Первая имѣетъ мѣсто при усыновленіи нисходящаго восходящимъ, вторая—во всѣхъ остальныхъ случаяхъ усыновленія лица alieni juris. *Adoptio plena* ведетъ къ установленію отеческой власти усыновителя и непосредственной родственной связи между усыновленнымъ и агнатами усыновителя со всѣми ея

---

[13]) L. 40 § 1 D. 1, 7. § 4 J. 1, 11.
[14]) L. 40 § 2 D. 1, 7. § 9 J. 1, 11.
[15]) L. 7 § 3 C. 5, 27. Nov. 74 c. 3. Nov. 89 c. 7 c. 11 § 2.
[16]) L. 34 D. 1, 7.
[17]) L. 17 § 3 D. 1, 7.
[18]) L. 15 § 2 D. 1, 7.
[19]) L. 17 pr. L. 32 § 1 D. 1, 7.
[20]) L. 17 § 4 D. 1, 7.
[21]) L. 15 § 3 D. 1, 7.
[22]) L. 17 § 1. 2 D. 1, 7. L. 2 C. 8, 47.
[23]) L. 1. 3. 15 pr. 35. 40 pr. D. 1, 7. L. 2 § 3 D. 38, 16. § 10 J. 3, 1 J. 3, 10.
[24]) L. 40 D. 28, 6, § 3 J. 1, 11. L. 18—22 pr. D. 1, 7. *Accarias* I стр. 280 сл.
[25]) L. 2 C. 8, 47. § 3 J. 1, 11.
[26]) L. 32. 33 D. 1, 7.
[27]) L. 10 C. 8, 47.

послѣдствіями (взаимное наслѣдованіе), въ теченіе времени, пока продолжается усыновленіе. Непосредственная связь усыновленнаго съ прежними агнатами (но не когнатами) прерывается (то же имѣетъ мѣсто и при аррогаціи [28]). – *Adoptio minus plena* въ сущности не заслуживаетъ имени усыновленія, ибо не устанавливаетъ отеческой власти; усыновленный остается подъ прежнею patria potestas и получаетъ лишь право на алименты со стороны усыновителя и одностороннее наслѣдственное право послѣ него, но не послѣ его агнатовъ.— 3) Усыновленіе, совершенное, поскольку оно допускается, *женщиною*, устанавливаетъ между усыновительницей, усыновленнымъ и его нисходящими взаимное наслѣдственное право [29]). Съ родственниками усыновительницы усыновленный не вступаетъ въ родство.

§ 17. Прекращеніе отеческой власти.

Слѣдующія событія ведутъ къ прекращенію отеческой власти: 1) *Смерть домовладыки*; при ней становятся лицами sui juris тѣ подвластные, которые непосредственно стояли подъ властью умершаго; прочіе подвластные мѣняютъ домовладыку [1]). 2) *Смерть самого подвластнаго*. 3) *Потеря civitas со стороны подвластнаго или домовладыки* (напр. осужденіе къ deportatio [2]). 4) *Потеря libertas со стороны домовладыки* (напр., осужденіе къ каторжнымъ работамъ въ рудникахъ [3]). *Взятіе въ плѣнъ* домовладыки имѣетъ слѣдующія послѣдствія: если домовладыка возвратится изъ плѣна, то jure postliminii онъ снова осуществляетъ отеческую власть такъ, какъ будто она не прекращалась; если же онъ умретъ въ плѣну, то его власть считается прекратившейся съ момента взятія въ плѣнъ [4]). 5) *Потеря libertas со стороны подвластнаго*. Подвластный, взятый *въ плѣнъ*, по возвращеніи считался невышедшимъ изъ подъ власти; если онъ умеръ въ плѣну, онъ считался умершимъ въ моментъ плѣненія [5]). 6) Домовладыка могъ быть лишенъ отеческой власти *въ наказаніе* за нѣкоторыя преступленія: если подкинулъ подвластнаго или оставилъ его безъ помощи [6]); за сводничество дочери [7]), за вступленіе въ кровосмѣсительный бракъ [8]). 7) *Пріобрѣтеніе дѣтьми нѣкоторыхъ почетныхъ званій* [9]). По классическому праву отеческая власть прекращалась съ полученіемъ подвластнымъ званія flamen Dialis или virgo Vestalis; по позднѣйшему праву такое значеніе имѣло полученіе званія епископа или патриція (которое давалось бывшимъ консуламъ, praefecto praetorio и urbi, magistris militum и officiorum). 8) *Отдача подвластнаго въ adoptio plena* (выше § 16).

---

[28]) L. 1 § 4 D. 38, 8.
[29]) L. 5 C. 8, 47.
[1]) pr. J. 1, 12. L. 10 D. 1, 7. L. 5 D. 1, 6.
[2]) § 1 J. 1, 12.
[3]) § 3 J. 1, 12.
[4]) § 5 J. 1, 12. *Accarias* I стр. 299 сл. О postliminium см. Общ. ч. § 20.
[5]) § 5 J. 1, 12.
[6]) L. 2 C. 8, 51.
[7]) L. 6 C. 11, 41. L. 12 C. 1, 4.
[8]) Nov. 12 c. 2.
[9]) Gai. 1, 130. § 4 J. 1, 12. L. 3, 5 C. 12, 3, *Accarias* I. стр. 302.

9) *Эманципація* [10]). Она совершается домовладыкой съ согласія подвластнаго, если только послѣдній не infans. Юстиніаново право знаетъ три способа совершенія эманципаціи: 1) черезъ рескриптъ императора, который вносится въ судъ (apud acta), чтобы дать эманципированному возможность изъявить свое согласіе; это такъ наз. emancipatio Anastasiana [11]); 2) черезъ заявленіе домовладыки, сдѣланное въ присутствіи подвластнаго и занесенное apud acta: emancipatio Justinianea [12]); 3) въ формѣ emancipatio tacita: отецъ фактически предоставляетъ подвластному свободу въ теченіе долгаго времени [13]). — Эманципація подлежитъ revocatio propter ingratitudinem за injuriae atroces [14]). — Она можетъ быть вынуждена: 1) если домовладыка дурно обращается съ подвластными [15]); 2) если онъ принялъ по завѣщанію 3-го лица легатъ, съ которымъ соединенъ modus эманципировать кого-либо изъ подвластныхъ легатарія [16]); 3) если аррогація оказывается невыгодной для impubes arrogatus по достиженіи имъ pubertas (выше § 16 пр. 26). Между эманципаторомъ и эманципированнымъ возникаетъ особое отношеніе вродѣ патроната [17]); parens manumissor до Nov. 118 имѣлъ особое наслѣдственное право; въ юстиніановомъ правѣ за нимъ осталось лишь предпочтительное право на опеку. — Эманципація разрушаетъ агнатскую связь, если противное не оговорено [18]), но когнатская связь сохраняется, если она не была простымъ слѣдствіемъ агнатства [19]).

---

[10]) § 6—10 J. 1, 12.
[11]) L. 5 C. 8, 48.
[12]) L. 6 C. 8, 48.
[13]) L. 25 pr. D. 1, 7. L. 1 C. 8, 46.
[14]) L. 1 C. 8, 49.
[15]) L. 5 D. 37, 12.
[16]) L. 92 D. 35, 1. См. Насл. пр. § 28, II, 3.
[17]) § 6 J. 1, 12. § 8 J. 3, 2. Dig. 37, 12 Inst. 1, 18.
[18]) L. 11 C. 6, 58.
[19]) L. 4 § 10 D. 38, 10.

ОТДѢЛЪ III.

Опека и попечительство.

§ 18. Общія понятія.

I. Мы приступаемъ къ изученію двухъ весьма близко стоящихъ другъ къ другу институтовъ—tutela и cura. Оба эти института могутъ быть охарактеризованы, какъ *организованная въ законномъ порядкѣ забота одного лица объ имуществѣ и личности или только объ имуществѣ другого лица, которое само въ силу извѣстныхъ причинъ не можетъ совсѣмъ или въ достаточной мѣрѣ заботиться о себѣ и своихъ дѣлахъ.* — Въ виду такого своего характера опека и попечительство имѣютъ мѣсто, по общему правилу, только надъ лицами sui juris; для лицъ alieni juris естественнымъ покровителемъ является домовладыка: мы видѣли, что обыкновенно законъ передаетъ въ его руки управленіе имуществомъ подвластнаго (bona adv. reg.), и лишь въ немногихъ случаяхъ для этой цѣли назначается попечительство (pec. castrense, bona adv. irreg.), при чемъ и къ этой должности, по общему правилу, призывается въ первую очередь домовладыка.

II. Характеръ института, главною цѣлью котораго является забота о личности и имуществѣ нуждающагося въ защитѣ лица, tutela и cura приняли не сразу. Изъ исторіи римскаго права извѣстно, что первоначально tutela и cura имѣли характеръ власти—potestas—и сводились къ праву опекуна завѣдывать имуществомъ опекаемаго. Моментъ обязанности относился къ области нравовъ, какъ officium (выше § 1 пр. 3). Tutela и cura поручались по закону ближайшимъ родственникамъ и наслѣдникамъ подопечнаго лица, и юридически ихъ задача состояла въ сохраненіи имущества въ цѣлости въ интересахъ самихъ опекуновъ-наслѣдниковъ, на случай смерти опекаемаго. Съ теченіемъ времени характеръ обоихъ институтовъ измѣнился. На первый планъ стали обязанности опекуновъ, а не ихъ права. Начали сознавать, что забота о личныхъ и имущественныхъ интересахъ слабыхъ лицъ составляетъ обязанность общества. Соотвѣтственно съ этимъ, на ряду съ tutela legitima agnatorum и tutela testamentaria, извѣстными древнему праву, явилась tutela ex lege Atilia (ниже § 19, II, 1, c.). Установлены были особыя власти, заботившіяся о назначеніи опекуновъ къ лицамъ, нуждавшимся въ нихъ, и контролировавшія дѣятельность назначенныхъ опекуновъ. Права опекуновъ надъ имуществомъ опекаемаго были сужены, и была установлена строгая отчетность. Подобныя же перемѣны постигли институтъ попечительства. Соотвѣт-

ственно этимъ измѣненіямъ въ характерѣ опеки мы находимъ въ Дигестахъ слѣдующее опредѣленіе tutelae, взятое Павломъ у республиканскаго юриста Сервія Сульпиція Руфа: L. 1 pr. D. 26, 1. Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa.

III. Въ юстиніановомъ правѣ *tutela* имѣетъ мѣсто надъ лицами, недостигшими *pubertas—tutela impuberum*. Существовавшая прежде *tutela mulierum* исчезла въ концѣ классическаго періода [1]). *Cura* назначалась во многихъ случаяхъ: *какъ cura minorum, furiosi, prodigi, debilium personarum* (лица, слабыя по физическимъ причинамъ и т. д.). Различія въ положеніи куратора и тутора въ общемъ незначительны [2]). Дѣятельность того и другого нормируется почти одними и тѣми же правилами. Главное различіе между ними формальное: tutor сообщаетъ силу сдѣлкамъ, къ совершенію которыхъ подопечный недѣеспособенъ (§ 23), путемъ *auctoritatis interpositio*: это—актъ формальнаго характера; онъ не признается за особую юридическую сдѣлку, но составляетъ часть сдѣлки, заключаемой подопечнымъ; онъ долженъ быть поэтому совершенъ непосредственно при заключеніи сдѣлки, устно, и не можетъ быть оговоренъ условіемъ [3]); curator, напротивъ, сообщаетъ силу сдѣлкамъ подопечнаго посредствомъ *consensus curatoris*; это—актъ неформальный, который составляетъ самъ отдѣльную сдѣлку и можетъ быть совершенъ до и послѣ совершенія сдѣлки подопечнымъ; если нужно, то consensus curatoris дается подъ условіемъ [4]). Остальныя различія между опекуномъ и попечителемъ будутъ указаны въ дальнѣйшемъ изложеніи, при которомъ мы объединяемъ оба института; это болѣе соотвѣтствуетъ, по нашему мнѣнію, характеру юстиніанова права [5]).

§ 19. Призваніе къ опекѣ и попечительству.

I. *Поводъ къ установленію опеки.* Прежде всего, необходимо, чтобы существовало нуждающееся въ защитѣ лицо. Такими лицами являются: 1) *Impuberes*: для нихъ назначается tutela impuberum. 2) *Minores XXV annis*: для нихъ существуетъ cura minorum. 3) *Furiosi et prodigi*, для которыхъ установлена cura furiosi и prodigi. 4) *Больные* и страдающія тѣлесными недугами лица (debiles personae); ихъ интересамъ служитъ cura debilium personarum [1]).

II. *Порядокъ призванія.* Онъ различенъ, смотря по виду опеки или попечительства. 1) *Tutela impuberum.* Порядокъ призванія къ опекѣ надъ малолѣтними троякій:

---

[1]) *Girard* стр. 220.

[2]) Въ чемъ состоитъ внутреннее основаніе для различія между tutela и cura, — вопросъ спорный, см. *Баронъ* § 369. *Girard* стр. 201 пр. 1. *Vangerow* I § 263.

[3]) Ulp. 11, 25. § 2 J. 1, 21 L. 8 L. 9 § 5. 6 L. 10, 17. D. 26, 8.

[4]) L. 1 § 3 D. 26, 7. L. 26 C. 5, 37. L. 2 C. 3, 6.

[5]) Въ тѣхъ случаяхъ, когда мы безъ особыхъ оговорокъ будемъ называть опекуна, слѣдуетъ разумѣть подъ этимъ словомъ и попечителя. Особенности двухъ институтовъ будутъ прямо отмѣчаемы въ нашемъ изложеніи.

[1]) О нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ попечительства см. *Dernburg* III § 41.

a) *Tutela testamentaria.* [2]). Домовладыка такого impuberis, который въ силу смерти домовладыки долженъ сдѣлаться persona sui juris, могъ, въ завѣщаніи или кодициллѣ, подтвержденномъ въ завѣщаніи, назначить этому подвластному опекуна[2a]). Такъ какъ назначеніе опекуна не возлагаетъ на heres'а никакой тягости, то оно можетъ предшествовать назначенію наслѣдника. *Tutor* могъ быть данъ ad certum tempus, ex certo tempore и sub condicione (L. 8 § 1 — 3 D. 26, 2. § 3 J. 1, 14). Назначенный въ завѣщаніи домовладыки опекунъ ipso jure дѣлается опекуномъ по вступленіи наслѣдника въ наслѣдство [3]), если только назначеніе опекуна удовлетворяло слѣдующимъ дальнѣйшимъ условіямъ: 1) чтобы tutor testamentarius былъ обозначенъ въ завѣщаніи индивидуально (persona incerta [напр. qui primus ad funus meum venerit] при Юстиніанѣ могла быть назначена heres'омъ и легатаріемъ, но не опекуномъ [4]); 2) чтобы онъ имѣлъ testamenti factio passiva [5]), и 3) чтобы самое назначеніе было сдѣлано относительно всего имущества, но не отдѣльныхъ дѣлъ и актовъ [6]). При отсутствіи нѣкоторыхъ изъ указанныхъ реквизитовъ можетъ наступить такъ назыв. *tutela confirmatoria*, которая часто называется также tutela testamentaria imperfecta: лицо, назначенное въ опекуны, ipso jure не дѣлается опекуномъ, но утверждается въ должности опекуна магистратомъ (confirmatio). Это допускается при наличности слѣдующихъ обстоятельствъ: α) опекуна назначилъ законный отецъ, но онъ не имѣлъ patria potestas или его завѣщаніе, либо кодициллъ недѣйствительны [7]); β) pater naturalis назначилъ опекуна къ несовершеннолѣтнему ребенку отъ конкубины, оставивъ ему часть своего имущества по завѣщанію [8]); γ) мать impuberis назначила опекуна, назначивъ вмѣстѣ съ тѣмъ impubes'а своимъ heres ex testamento [9]); δ) посторонеее лицо назначило опекуна къ малолѣтнему, и въ то же время назначило самого малолѣтняго своимъ heres, причемъ малолѣтній не обладаетъ инымъ имуществомъ, кромѣ этого наслѣдства [10]). Опекунъ, назначенный въ случаяхъ α и β, утверждается безъ спеціальнаго разслѣдованія вопроса о его годности (sine inquisitione), въ остальныхъ случаяхъ онъ назначается только послѣ такого разслѣдованія (cum iuquisitione). Такой опекунъ считается tutor'омъ лишь съ момента утвержденія его магистратомъ [11]); съ этого момента для него течетъ срокъ экскузаціи [12]), и съ этого момента онъ можетъ управлять [13]); но тѣмъ не менѣе онъ приравнивается въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ къ tutor testamentarius и осво-

---

[2]) Повидимому римскіе юристы называли ее также tutela *dativa* (Gai I, 154 и Ulp. 11, 14. Ср. Inst. 1, 14. Остальныя мѣста допускаютъ различное толкованіе). Обыкновенно этотъ терминъ относятъ къ tutor Atilianus.

[2a]) L. 2, 3 pr. D. 26, 2. § 3 J. 1, 13. Самъ полновластный можетъ быть эксгередированъ домовладыкой L. 4 D. 26, 2.

[3]) L. 9 D. 26, 2.

[4]) L. 20 pr. D. 26, 2. § 27 J. 2, 20.

[5]) L. 21 D. 26, 2. См. о test. factio passiva Насл. право § 8, II.

[6]) L. 12—15 D. 26, 2. § 4 J. 1, 14.

[7]) L. 1 § 1. L. 3 D. 26, 3. L. 2 C. 5, 29.

[8]) L. 7 pr. D. 26, 3. L. 4 C. 5, 29. Nov. 89 c. 14. Если отецъ ничего не оставилъ, то опекунъ утверждается, но нужна inquisitio (см. ниже).

[9]) L. 4 D. 26, 2. L. 4 C. 5, 28. *Accarias* I стр. 333 пр. 2.

[10]) L. 4, 5 D. 26, 3.

[11]) L. 26 § 2 D. 26, 2. L. 18 § 1 D. 48, 10.

[12]) L. 2 C. 5, 29.

[13]) L. 40, 58 § 2 D. 26, 7. L. 1 C. 5, 28. О размѣрахъ его полномочій см. *Accarias* I стр. 333 пр. 3.

бождается отъ satisdatio rem pupilli salvam fore (см. § 21, III) [14]); а въ случаѣ отказа отъ опеки онъ теряетъ то, что ему оставлено по завѣщанію [15]).

b) *Tutela legitima*. Къ опекѣ призываются ближайшіе наслѣдники impuberis ab intestato, слѣдовательно, со времени Nov. 118 [16]) когнаты (на ряду съ агнатами). Эта опека открывается въ слѣдующихъ случаяхъ: α) если tutor testamentarius не назначенъ; β) если назначеніе опекуна недѣйствительно и притомъ даже confirmatio его черезъ магистрата невозможна [17]); γ) если назначеніе по завѣщанію лишено силы благодаря прибавленію къ нему условія или срока (pendente condicione и до наступленія dies ex quo магистратомъ назначается особый tutor [18]); δ) если tutor testamentarius умеръ до достиженія опекаемымъ совершеннолѣтія [19]). Если же tutor testamentarius относительно неспособенъ къ опекѣ (§ 20, II), если онъ отказывается отъ опеки или устраняется отъ нея опекунскими учрежденіями, то наступаетъ не tutela legitima, а tutela по назначенію магистрата [20]).

c) *Tutela* по назначенію магистрата (прежде ее часто называли t. dativa.) Начиная съ *lex Atilia* (неизв. вр.) [21]), изданной для Рима, и *lex Julia et Titia* (723 г.) [22]), изданной для провинцій, на магистратовъ была возложена обязанность назначать опекуновъ для тѣхъ лицъ, которыя, нуждаясь въ опекѣ, не имѣли ни tutor legitimus, ни tutor testamentarius. Эта tutela наступаетъ: α) если нѣтъ на лицо ни завѣщательнаго назначенія, ни родственника, имѣющаго права на tutela legitima [23]); β) пока неизвѣстно, наступитъ ли tutela testamentaria или legitima (напр., pendente condicione завѣщательнаго назначенія; (выше прим. 18); γ) если tutor testamentarius или legitimus отказался, признанъ относительно неспособнымъ къ веденію опеки или устраненъ отъ опеки (выше прим. 20); δ) въ нѣкоторыхъ случаяхъ, когда временное препятствіе не позволяетъ наличному опекуну вести опеку (должна быть заключена сдѣлка съ опекаемымъ, но опекунъ находится во временномъ отсутствіи rei publ. causa [24]). Магистратъ назначаетъ опекуна изъ числа способныхъ къ опекѣ лицъ послѣ inquisitio о его годности [25]). Нѣкоторымъ лицамъ вмѣнено въ обязанность въ теченіе года извѣщать магистрата о необходимости назначить опекуна и предложить кандидатовъ (tutoris postulatio); сюда относятся heredes ab intestato или пупилярный субститутъ малолѣтняго лица. Если они не исполнятъ этой обязанности, они лишаются наслѣдственныхъ правъ послѣ малолѣтняго въ томъ случаѣ, буде онъ умретъ, не достигши pubertas [26]).

---

14) L. 2, 3, 11 § 1 D. 26, 3.
15) L. 11 D. 26, 3. L. 28 § 1 L. 32—36 D. 27, 1.
16) Nov. 118 c. 5. Подробности у *Windscheid* § 433 пр. 19—22.
17) L. 6 D. 26, 4. L. 10 pr. § 3 L. 11 D. 26, 2.
18) L. 10 pr. L. 11 pr. D. 26, 2. L. 9 § 2 D. 27, 3. § 1 J. 1, 20.
19) L. 11 § 3 D. 26, 2. L. 6 D. 26. 4. § 2 J. 1, 15.
20) L. 11 § 1. 2 D. 26, 2. L. 10 § 7 D. 27, 1. (къ этому см. *Баронъ*, § 371 пр. 14). L. 17 D 26, 1.
21) *Girard* стр. 205 пр. 4 относитъ ее ко времени 387—568 г. Ср. *Accarias* I стр. 345 сл.
22) Ср. впрочемъ *Girard* стр. 205 пр. 5.
23) Pr. J. 1, 20.
24) § 3 J. 1, 21. § 5. 6 J. 1, 23. L. 2 D. 26, 5. L. 1 C. 5, 36. L. 7 C. 5, 43. Cod. 5, 44.
25) L. 21 § 5 D 26, 5. L. 5 C. 5, 34.
26) Dig. 26, 6. Cod. 5. 31. L. 2 § 23—47 D. 38, 17. L. 10 C. 6. 58. L. 3. 6 C. 6, 56.

2) *Cura minorum.* Въ общей части уже было указано (§ 23, II), что minores XXV annis, которые желали придать полную силу своимъ сдѣлкамъ, могли со времени Марка Аврелія испрашивать себѣ куратора на все время до достиженія 25 лѣтъ, и что въ нѣкоторыхъ случаяхъ они принуждались испрашивать себѣ кураторовъ. Испрашиваніе кураторовъ такими лицами сдѣлалось общимъ обычаемъ въ позднѣйшемъ Римѣ. Назначается curator minoris всегда по декрету магистрата, завѣдующаго опекунскими дѣлами. Curator minoris, назначенный въ завѣщаніи отца несовершеннолѣтняго, все же дѣлается кураторомъ лишь послѣ его confirmatio по декрету магистрата [27]).

3) *Cura furiosi.* По XII таблицамъ она принадлежитъ ближайшему агнату въ качествѣ cura legitima [28]); преторъ сталъ назначать кураторовъ по своему выбору, въ случаѣ отсутствія агнатовъ или ихъ неспособности [29]). Curator, назначенный въ завѣщаніи отца, нуждается въ confirmatio магистрата [30]).

4) *Cura prodigi.* По XII таблицамъ cura legitima agnatorum была введена для лица, расточающаго имущество, которое было унаслѣдовано имъ ab intestato отъ отца или дѣда по отцу [31]). Преторъ ввелъ cura для всякаго расточителя [32]). Для назначенія опеки надъ расточителемъ требовался особый декретъ магистрата, торжественно объявлявшій данное лицо расточителемъ [33]). Если отецъ объявлялъ сына расточителемъ въ завѣщаніи и назначалъ ему куратора, то магистратъ обязанъ былъ (даже въ признаніи расточительности) подтвердить волю отца [34]).

5) *Cura debilium personarum* назначается этимъ лицамъ магистратомъ по ихъ просьбѣ [35]).

§ 20. Способность быть опекуномъ или попечителемъ. Обязанность къ принятію опеки. Порядокъ вступленія въ веденіе опеки.

I. Неспособность быть опекуномъ можетъ быть абсолютной или относительной. *А. Абсолютная неспособность.* Призваніе къ опекѣ лицъ абсолютно неспособныхъ считается ничтожнымъ, и если за опеку взялось такое лицо, подопечный считается не имѣющимъ опекуна. Сюда относятся: 1) *Женщины* [1]). Только мать и бабка лица, не достигшаго pubertas, по смерти отца impuberis имѣютъ предпочтительное передъ другими равно близкими heredes ab intestato право на опеку, если онѣ откажутся отъ льготъ въ пользу женщинъ (напр. отъ exc Scti Vellejani) и пока не вступятъ во второй бракъ [2]). 2) *Епископы и монахи.* Остальныя духовныя лица могутъ быть

---

27) Pr. § 1. J. 1, 23.
28) L. 5. C. 5, 70. L. 13 D. 27, 10.
29) L. 7 § 6 C. 5, 70. L. 6, 13 D. 27, 10.
30) L. 16 pr. D. 27, 10.
31) L. 1. 13 D. 27, 10. Paul. 3, 4a, 7. Ulp. 12, 2. *Karlowa* R. RG. II стр. 302 сл.
32) Ulp. 12, 3. L. 1 D. 27, 10. § 3 J. 1, 23.
33) Pauli Sent. 3, 4a, 7. L. 1. D. 27, 10 *Girard* стр. 224.
34) L. 16 § 3 D. 27, 10.
35) L. 2 D. 27, 10. L. 12 pr. D. 26, 5.
1) L. 16 pr. L. 18 D. 26, 1. L. 1 C. 5, 35.
2) L. 2. 3 C. 5, 35. Nov. 22 c. 40. Nov. 94, 155. 118 c. 5. *Accarias* I стр. 357 сл.

tutores legitimi, если согласятся на это [3]. 3) *Солдаты,* если они не призваны по завѣщанію товарища [4]. 4) *Impuberes* и *minores XXV annis* неспособны къ tutela legitima и не могутъ быть назначены магистратомъ [5]; если minores назначены опекунами въ завѣщаніи, то временно назначается для завѣдыванія порученной имъ опекой tutor по выбору магистрата [6].

В. Относительная неспособность состоитъ въ томъ, что призваніе къ опекѣ лица, относительно неспособнаго, считается само по себѣ дѣйствительнымъ, но опекунскія власти ex officio обязаны устранить призваннаго (excusantur a magistratu, excusatio necessaria). Такими являются слѣдующія лица: 1) *Душевнобольные*, глухіе, нѣмые, слѣпые и прочія лица, неспособныя къ веденію дѣлъ вслѣдствіе физическихъ недостатковъ [7]. 2) *Кредиторы и должники опекаемаго* [8]. Лицо, ведущее *controversia status* съ пупилломъ или его отцомъ [9]. 3) Лица, исключенныя въ силу спеціальнаго *запрета родителей* подопечнаго [10]. 4) *Мужъ* по отношенію къ женѣ, *женихъ* по отношенію къ невѣстѣ, *свекоръ* по отношенію къ невѣсткѣ [11]. 5) *Кровный врагъ отца* опекаемаго [12]; лицо, пытавшееся попасть въ опекуны при помощи происковъ и подкупа [13], и вообще всякое лицо, управленіе котораго грозитъ опасностью для опекаемаго [14].

II. Каждое способное лицо, которому тѣмъ или инымъ путемъ открылась опека, *обязано* принять ее, какъ munus publicum [15]; оно дѣлается поэтому ipso jure опекуномъ съ момента призванія къ опекѣ [16]. Эта обязанность не существуетъ только для матери и бабки и для духовныхъ лицъ, о которыхъ мы говорили въ этомъ § подъ рубрикой I, A; эти лица имѣютъ право быть опекунами, если пожелаютъ, но не обязаны къ тому [17]. Однако отъ этой обязанности можно освободиться, приведя какое-либо *законное основаніе* (excusatio) [18]. Эти excusationes сводятся къ слѣдующимъ: 1) *Три опеки*, принятыя не добровольно [19]. 2) *Наличность 3 дѣтей* въ Римѣ, 4—въ Италіи, 5—въ провинціяхъ [20]. 3) *Крайняя бѣдность*, при которой

---

3) Nov. 123 c. 5.
4) L. 4 C. 5, 34. L. 23 § 1 D. 27, 1.
5) L. 5 C. 5, 30. § 13 J. 1, 25.
6) § 2 J. 1, 14. L. 32 § 2 D. 26, 2.
7) L. 1 § 2. 3. L. 17 D. 26, 1. L. 10 § 1 D. 26, 4. L. 40 D. 27. 1. L. 3 C. 5, 34. L. 1 C. 5, 68 (67).
8) Nov. 72 c. 1—4 *Хвостовъ*, Нат. обяз. стр. 430 сл.
9) L. 6 § 18 D. 27, 1. L. 27 § 1 D. 26, 2. § 12 J. 1, 25.
10) L. 21 § 2 D. 26, 5. L. 1 C. 5, 47.
11) L. 1 § 5 D. 27, 1. L. 2 C. 5. 34. L. 4. 17 C. 5, 62.
12) L. 3 § 12 D. 26, 10. § 11 J. 1, 25.
13) L. 21 § 6 D. 26, 5.
14) L. 3 § 12 D. 26, 10.
15) L. 1 pr. D. 26, 7. pr. J. 1, 25. *Accarias* 1 стр. 317 пр. 6 Общ. ч. § 24, VII (о понятіи munus).
16) L. 1 § 1. L. 5 § 10. L. 17. L. 58 § 2 D. 26, 7. L. 8 C. 5, 37. L. 5 C. 5, 38.
17) Nov 94 c. 1 Nov. 123 c. 5.
18) Есть нѣсколько случаевъ, когда право на экскузацію не дается; всѣ они, по существу, сводятся къ заранѣе заявленному отказу отъ этого права. *Windscheid* § 435 пр. 7. *Баронъ* § 375 пр. 2—5.
19) L. 2 § 9 L. 6 pr. D. 27, 1. § 5 J. 1, 25. ср. L. 17 pr. L. 31 § 4 D. 27, 1.
20) L. 2 § 2—8 D. 27, 1. Pr. J. 1, 25.

все время уходитъ на добываніе средствъ къ существованію [21]); болѣзнь [22]), неграмотность [23]), возрастъ свыше 70 лѣтъ [24]). 4) *Занятіе публичной или духовной должности* [25]), управленіе имуществомъ фиска или императора [26]), отсутствіе rei publicae causa [27]), занятіе преподаваніемъ наукъ или врачебной практикой [28]), принадлежность къ нѣкоторымъ римскимъ цехамъ [29]). 5) *Бывшій опекунъ* можетъ отказаться отъ cura minoris надъ тѣмъ же лицомъ, когда послѣднее достигнетъ pubertas [30]). 6) Лицо, отбывшее полный срокъ *военной службы* (20 лѣтъ) и получившее почетную отставку [31]). 7) Лицо, назначенное отцомъ пупилла *изъ вражды* [32]). 8) Чрезмѣрная отдаленность подлежащаго опекѣ имущества [33]). Всѣ эти основанія должны быть заявлены опекунской власти въ теченіе извѣстнаго срока (не менѣе 50 дней; если опекунъ живетъ далеко отъ мѣстонахожденія магистрата, срокъ удлиняется [34]). Магистратъ долженъ разсмотрѣть дѣло также въ короткій срокъ (4 мѣсяца) [35]). На время процесса магистратъ долженъ назначить tutor'а по своему выбору [36]).

III. Лицо, назначенное опекуномъ и не представившее достаточной excusatio, должно установить *satisdatio rem pupilli salvam fore* (Dig. 46, 6. Cod 5, 42) и составить *инвентарь* [37]). Отъ обязанности къ sadistatio освобождаются лишь tutor testamentarius и tutor ex inquisitione confirmatus (§ 19, II, I a [38]). Кромѣ того, всякій опекунъ и попечитель должны принести *присягу*, что будутъ добросовѣстно вести дѣла [39]).

§ 21. Управленіе дѣлами по опекѣ или попечительству.

I. *На опекунѣ impuberis* лежитъ обязанность заботиться о *личности опекаемаго*, въ частности о его воспитаніи. Самое воспитаніе возлагается, по общему правилу, на мать, а если ея нѣтъ или она не въ состояніи вести его— на другихъ родныхъ или свойственниковъ опекаемаго по выбору магистрата [1]); но опекунъ долженъ слѣдить за воспитаніемъ [2]) и давать средства на содер-

---

21) L. 7. 40 § 1 D. 27, 1. § 6 J. 1, 25.
22) § 7 J. 1, 25.
23) § 8 J. 1, 25.
24) § 13 J. 1, 25.
25) § 3 J. 1, 25. L. 6 § 14. 16. L. 17 § 4. 5 D. 27, 1.
26) § 1 J. 1, 25. L. 22 § 1. L. 41 pr. D. 27, 1. L. 10 C. 5, 62.
27) L. 10 pr.—§ 3 D. 27, 1. § 2 J. 1, 25.
28) § 15 J. 1, 25. L. 6 § 1—12 D. 27, 1. L. 1. 2. C. 10, 65.
29) L. 17 § 2. 3. L. 26. 41 § 3. L. 46 pr. § 1 D. 27, 1. L. 24 C. 5, 62.
30) L. 16 D. 27, 1. L. 20 C. 5, 62. § 18 J. 1, 25.
31) L. 8 D. 27, 1. Cod. 5, 65.
32) § 9 J. 1, 25.
33) L. 10 § 4. L. 19. L. 21 § 2-4. L. 46 § 2. D 27, 1. L. 11 C. 5, 62.
34) § 16 J. 1, 25. L. 13 D. 27, 1. L. 2. 6 C. 5, 62.
35) L. 38. 39 D. 27, 1.
36) L. 17 § 1 D. 49, 1.
37) L. 7 pr. D. 26, 7. L. 13 § 1 C. 5, 51. L. 24 C. 5, 37.
38) Pr. J. 1, 24.
39) L. 7 § 4 7 C. 5, 70. Nov. 72 c. 2. 8.
1) L. 1 pr. § 2. L. 5. D. 27, 2. L. 1. 2. C. 5, 49.
2) L. 12 § 3 D. 26, 7.

жаніе опекаемаго изъ его имущества въ размѣрахъ, опредѣленныхъ отцомъ опекаемаго или магистратомъ [3]). *Curator furiosi* обязанъ заботиться о томъ, чтобы опекаемый пользовался врачами, и чтобы къ нему были назначены custodes [4]).

II. Гораздо большее значеніе имѣетъ возлагаемая на каждаго tutor'а и curator'а *забота объ имуществѣ* опекаемаго лица. Ей мы посвятимъ дальнѣйшее изложеніе.

Прежде разсмотримъ *обязанности опекуна*. Опекунъ долженъ примѣнять къ дѣламъ опеки *diligentia quam suis* и отвѣчаетъ за *culpa in concreto* [5]). Его наслѣдники могутъ быть привлечены къ отвѣтственности лишь за его dolus; это не относится, конечно, къ процессамъ, начатымъ еще при жизни опекуна [6]).

Управляя имуществомъ опекунъ долженъ заботиться: 1) *О сохраненіи въ цѣлости* имущества опекаемаго. Для этого онъ обязанъ принимать не только всѣ необходимыя фактическія мѣры (напр., положить цѣнныя вещи въ надежное мѣсто на храненіе [7]), но и юридическія: онъ долженъ отчудить всѣ ненужныя и подверженныя порчѣ вещи [8]), взыскать по требованіямъ сомнительной надежности [9]), уплатить наиболѣе тягостные долги [10]). 2) *Объ увеличеніи* имущества опекаемаго. Онъ долженъ стараться извлекать нормальный доходъ изъ имущества опекаемаго, какой только можетъ быть извлеченъ безъ исключительной затраты силъ и времени со стороны опекуна (напр., лично вести доставшееся по наслѣдству торговое дѣло онъ не обязанъ: достаточно позаботиться о томъ, чтобы опекаемый получалъ нормальный процентъ съ торговаго капитала [11]). Въ частности существуютъ детальныя предписанія о денежныхъ капиталахъ: опекунъ долженъ пріобрѣсти на нихъ земельные участки [12]) или, если это невыполнимо, отдать ихъ въ ростъ [13]); если онъ не сдѣлаетъ этого, то онъ долженъ уплатить обычные по мѣстнымъ условіямъ проценты изъ своего имущества [14]). По праву Новеллъ (Nov. 72, c. 6—8) опекунъ, впрочемъ, освобождается совсѣмъ отъ обязанности отдавать деньги въ ростъ, если опекаемый получаетъ изъ другого источника достаточный доходъ для покрытія необходимыхъ расходовъ. Если опекунъ нечестно затратитъ деньги опекаемаго на свои нужды, то онъ платитъ высшіе дозволенные проценты [15]).—Наконецъ, опекунъ не долженъ упускать случая пріобрѣсти наслѣдство, легаты и даренія, открывающіеся опекаемому [16]); принимая наслѣдство, онъ долженъ, однако, принимать въ разсчетъ, будетъ ли оно выгодно для опекаемаго [17]).

---

[3]) L. 2. 3. 6. D. 27, 2. L. 1. 2. C. 5, 50.
[4]) L. 7 pr. D. 27, 10. L. 13 § 1. L. 14. D. 1, 18. L. 22 § 8. D. 24, 3.
[5]) L. 1 pr. D. 27, 3. L. 57. D. 26, 7. Nov. 72 c 8. *Windscheid*, § 438 пр. 5.
[6]) L. 12. 49. D. 44, 7. L. 1. C. 5, 54. *Dernburg* III, § 52.
[7]) L. 22. 24. C. 5, 37. L. 3. C. 5, 38.
[8]) L. 7 § 1. D. 26, 7.
[9]) L. 15. D. 26, 7.
[10]) L. 9 § 5. D. 26, 7
[11]) L. 47 § 6. D. 26, 7.
[12]) L. 3 § 2. L. 5 pr. L. 7 § 3. D. 26. 7. L. 24. C. 5, 37.
[13]) L. 7 § 3. D. 26, 7. L. 24. C. 5, 37.
[14]) L. 7 § 11. L. 15. D. 26, 7
[15]) L. 7 § 10. 12 D. 26, 7. L. 1 C. 5, 56.
[16]) L. 21. 26 C. 5, 37. L. 39 § 3. D. 26, 7. L. 3 § 17. D. 26, 10. L. 67 § 6. D. 23, 2.
[17]) L. 11. D. 37, 1.

По *окончаніи опеки* опекунъ представляетъ отчетъ *опекаемому* о своемъ управленіи [18]). Опекаемый имѣетъ по поводу всѣхъ своихъ притязаній *actio tutelae directa* въ случаѣ tutela [19]), а въ случаѣ cura—искъ, который большею частью именуется a. negotiorum gestorum directa, иногда—curationis judicium [20]). По поводу tutela искъ вчинается всегда по окончаніи опеки [21]), а при cura искъ можетъ быть предъявленъ и во время веденія опеки, поскольку онъ не имѣетъ своимъ предметомъ выдачу имущества, находящагося въ завѣдываніи попечителя [22]). Если tutor impuberis присвоилъ себѣ вещь опекаемаго, хотя бы sine animo furandi, то противъ него вчинается по окончаніи опеки *a. rationibus distrahendis in duplum*; этотъ искъ конкурируетъ съ реиперсекуторной condictio furtiva и съ a. tutelae; но штрафная a. furti дается рядомъ съ нимъ, „et altera alteram non tollit"; противъ наслѣдниковъ этотъ искъ не дается [23]). При tutela, cura minoris и furiosi требованія опекаемаго обезпечены *законной ипотекой* на все имущество опекуна [24]).

III. *Права* опекуна по управленію имуществомъ опекаемаго ограничены. Именно, онъ стѣсненъ въ правѣ *отчужденія* вещей опекаемаго. Сперва опекуны не могли совершать только дареній, но могли принимать уплату по долгамъ и производили всякія возмездныя отчужденія. Но они были стѣснены въ этомъ отношеніи еще при языческихъ императорахъ, а въ законодательствѣ Юстиніана ихъ правомочія были точно оговорены [25]). Ничтожны даренія, совершаемыя опекуномъ [26]), поскольку они не были неизбѣжны въ силу требованій приличія и добрыхъ нравовъ [27]). Далѣе, ничтожны всѣ возмездныя отчужденія, сдѣланныя опекуномъ, если они не касаются вещей малоцѣнныхъ, лишнихъ, скоро портящихся [28]); чтобы быть дѣйствительнымъ, всякое другое отчужденіе должно быть сдѣлано на основаніи особаго декрета магистрата [29]). Магистратъ можетъ мотивировать свой декретъ: a) необходимостью отчужденія вещи для погашенія долговъ опекаемаго [30]), или b) необходимостью установленія приданаго [31]), или c) вообще какой-либо крайнею „necessitas" [32]). Всякое отчужденіе, сдѣланное вопреки этимъ правиламъ, признается ничтожнымъ [33]), и опекаемый имѣетъ выборъ между a. tutelae или judicium curationis къ опекуну объ убыткахъ [34]) и rei vindicatio къ третьему владѣльцу отчужденной вещи [35]) (при этомъ третьему владѣльцу опекаемый долженъ выдать все

---

[18]) L. 1 § 3. D. 27, 3. L. 9 C. 5, 51.
[19]) Obligatio quasi ex contractu. L. 5 § 1. D. 44, 7. § 2. J. 3, 27.
[20]) *Баронъ*, § 382, пр. 7.
[21]) L. 4. D. 27, 3.
[22]) L. 4 § 3. L. 16 § 1. D. 27, 3. L. 1 § 3. D. 27, 4.
[23]) L. 1 § 21—23 L. 2 pr. § 1, 2. D. 27, 3. *Accarias* I стр. 419.
[24]) L. 1. C. 4, 53. L. 20. C. 5, 37. L. 7 § 5. 6 C. 5, 70. Ср. еще L. 2 C. 5, 35. L. 6 C. 8, 14. Nov. 22 c. 40.
[25]) См. объ этомъ *Баронъ*, § 378 *Dernburg* III § 50.
[26]) L. 22. L. 46 § 7. D. 26, 7. L. 16 C. 5, 37.
[27]) L. 12 § 3. L. 13 § 2. D. 26, 7. L. 1 § 2—5 D. 27, 3.
[28]) L. 22 C. 5, 37. L. 4 C. 5, 72. L. 28 § 5 C. 5, 37.
[29]) Tit. Dig. 27, 9. Cod. 5, 71—74.
[30]) L. 1 § 2. L. 5 § 14. D. 27, 9.
[31]) L. 61 § 1. D. 23, 3.
[32]) L. 6 C. 5, 71.
[33]) L. 7 § 3. D. 27, 9.
[34]) L. 10. D. 27, 9.
[35]) L. 5 § 15 L. 10. D. 27, 3.

обогащеніе, полученное имъ благодаря отчужденію [36]). Даже уплата долга, сдѣланная должникомъ опекаемаго опекуну, который не имѣетъ отъ магистрата особаго полномочія на полученіе уплаты, не лишаетъ опекаемаго его права требованія, которое должникъ хотѣлъ погасить своей уплатой [37]). Отчужденіе, сдѣланное опекуномъ безъ декрета, получаетъ, впрочемъ, полную силу, если опекаемый подтвердитъ его по окончаніи опеки [38]), или если онъ въ теченіе 5 лѣтъ по окончаніи опеки не потребуетъ, чтобы отчужденіе было признано ничтожнымъ [39]).

IV. Самая *форма управленія* опекою различна, смотря по роду tutela и cura и по степени умаленія дѣеспособности опекаемаго. Infans и furiosus вполнѣ недѣеспособны, и потому опекуны сами совершаютъ за нихъ всѣ сдѣлки; если сдѣлка не допускаетъ представительства, то она вообще не можетъ быть совершена [40]). Напротивъ, impuberes infantia majores, minores XXV annis, prodigi въ извѣстныхъ предѣлахъ (указанныхъ въ § 23 Общей части), вполнѣ дѣеспособны. Въ этихъ предѣлахъ они могутъ дѣйствовать лично. Остальныя сдѣлки, способныя уменьшить имущество опекаемаго, опекунъ можетъ: 1) совершить за нихъ, если эти сдѣлки допускаютъ представительство, или же, 2) придать силу сдѣлкамъ, совершаемымъ самими опекаемыми, своею auctoritatis interpositio при tutela, или выраженіемъ consensus при cura (разница указана въ § 18 выше); это неизбѣжно, если сдѣлка не допускаетъ представительства.—Если опекаемый совершитъ безъ содѣйствія опекуна обязательственную сдѣлку, къ заключенію которой онъ не вполнѣ дѣеспособенъ, то онъ отвѣчаетъ по ней civiliter (т.-е. противъ него возникаетъ искъ) въ размѣрахъ его обогащенія отъ этой сдѣлки [41]); въ остальной же части противъ него возникаетъ только obligatio naturalis (т.-е. обязательство, лишенное иска) [42]). Конечно, всѣ иски противъ 3-хъ лицъ, пріобрѣтенные при управленіи имуществомъ опекаемаго, опекунъ долженъ переуступить опекаемому по окончаніи опеки [43]).

V. *Обязанности опекаемаго*. Онъ долженъ возмѣстить опекуну полезныя издержки, которыя опекунъ затратилъ на дѣла опекаемаго изъ своего имущества, притомъ начисляя на нихъ проценты [44]). Кромѣ того, онъ долженъ принять на себя обязательства, субъектомъ коихъ сталъ опекунъ при веденіи дѣлъ опеки [45]). Вознагражденіе за веденіе дѣлъ онъ долженъ уплатить опекуну лишь въ случаѣ особаго распоряженія магистрата, отца опекаемаго или соопекуновъ [46]). По поводу своихъ претензій къ подопечному опекунъ имѣетъ *a. tutelae contraria* или (при cura) *a. neg. gest. contraria*; кромѣ того, онъ можетъ осуществить ихъ путемъ exceptio противъ иска опекаемаго.

---

36) L. 13. D. 27, 9. L. 4. 10. 14. 16 C. 5, 71. § 2. J. 2, 8.
37) L. 25. 27 C. 5, 37. § 2. J. 2, 8.
38) L. 2 C. 5, 74. L 1. 2 C. 2, 45.
39) L. 3 C. 5, 74.
40) § 8—10. J. 3, 19. L. 1 § 2. L. 2 pr. D. 26, 7.
41) L. 1 pr. L. 5 pr. D. 26, 8. L. 3 pr. D. 13, 6. L. 1 § 1. D. 16, 3.
42) *Хвостовъ*, Нат. обяз., стр. 274—305.
43) *Windscheid*, § 442 пр. 2.
44) L. 1 § 4—6. L. 3 D. 27, 4. L. 3 C. 5, 58.
45) L. 6 D. 27, 4.
46) L. 33 § 3 D. 26, 7. L. 1 § 6 D. 27, 3.

§ 22. Отношеніе между нѣсколькими опекунами или попечителями. Отвѣтственность побочныхъ лицъ. Protutor.

I. Къ имуществу одного подопечнаго могутъ быть назначены *нѣсколько опекуновъ или кураторовъ*. Отношенія между ними бываютъ различны. 1) Каждый опекунъ можетъ быть *призванъ* къ опредѣленной, по мѣсту или по объекту, дѣятельности (напр., опекунъ представляетъ какъ excusatio, что одно изъ помѣстій опекаемаго расположено очень далеко, и для этого помѣстья назначается особый опекунъ; отдѣльный опекунъ назначается для веденія процесса между опекаемымъ и его общимъ опекуномъ). 2) Хотя каждый опекунъ *призванъ* для веденія всей опеки, но *управленіе дѣлами* предоставлено одному изъ нихъ или раздѣлено между нѣсколькими изъ нихъ. 3) Каждый *призванъ* для веденія всей опеки и *управленіе* остается нераздѣльнымъ. — Въ первомъ случаѣ каждый опекунъ дѣйствуетъ въ своей области совершенно независимо и одинъ за другого не отвѣчаетъ [1]). Во второмъ случаѣ каждый обязанъ и управомоченъ къ управленію, насколько оно ему поручено. Опекунъ, ведущій управленіе, называется *tutor gerens*, а остальные—tutores honorarii. Послѣдніе обязаны слѣдить за управленіемъ перваго и отвѣчаютъ за вину управляющаго опекуна, если допустили упущеніе въ надзорѣ за нимъ. Но они отвѣчаютъ лишь въ случаѣ несостоятельности виновнаго опекуна и магистрата, его назначившаго [2]). Въ третьемъ случаѣ, каждый изъ опекуновъ можетъ управлять всей опекой [3]), но veto каждаго коллеги лишаетъ его распоряженія силы [4]); за вину коллеги каждый отвѣчаетъ солидарно, т. к. самъ могъ выполнить дѣло, небрежно исполненное коллегой; но привлеченный къ отвѣтственности опекунъ можетъ требовать цессіи ему исковъ противъ соопекуновъ [5]). — Дѣленіе управленія или переносъ его на одного изъ соопекуновъ можетъ быть сдѣлано съ юридическою силою только магистратомъ [6]); послѣдній принимаетъ при этомъ во вниманіе завѣщательныя распоряженія отца пупилла, мнѣніе большинства опекуновъ, и вообще степень обезпеченности интересовъ пупилла [7]).

II. Кромѣ опекуновъ, соопекуновъ и магистрата, за результаты веденія опеки отвѣчаютъ еще нѣкоторыя лица, а именно: 1) *Поручители*, данные при представленіи satisdatio rem pupilli salvam fore (см. выше § 20, III) 2) *Affirmatores*, т.-е. тѣ лица, которыя завѣрили магистрата въ годности опекуна, когда магистратъ дѣлалъ inquisitio (при tutela confiratmoria) или разслѣдованіе при назначеніи tutor'а отъ себя [8]). 3) *Postulatores*, т.-е. тѣ лица, которыя предложили извѣстное лицо въ опекуны добровольно или исполняя

---

1) L. 3 C. 5, 44 L. 21 § 2—4 D. 27, 1.
2) L. 3 § 2 D. 26, 7. L. 2. 3 C. 5, 52. L. 51 D. 26, 7.
3) L. 3 pr. § 8. L. 24 § 1 D. 26, 7. L. 14 § 5 D. 46, 3. L. 4 D. 26, 8. L. 5 C. 5, 59.
4) L. 7 § 3 D. 27, 10.
5) L. 5 D. 27, 8. L. 55 pr. D. 26, 7. L. 2 C. 5, 52. См. *Dernburg* III § 42 пр. 9.
6) L. 3 § 1. 3. 6 D. 26, 7. L. 2 C. 5, 52.
7) L 3 § 1 — 3. 6. L. 4 D. 26, 7. L. 17 — 19 § 1 D. 26, 2. L. 5 § 3. 4. D. 26, 4. L. 4 C. 5, 42. § 1. J. 1, 24. Nov. 118 c. 5.
8) L. 4 § 3 D. 27, 7.

свою обязанность (heredes ab intestato и пупилярный субститутъ опекаемаго) [9], за исключеніемъ матери опекаемаго [10]. 4) *Nominatores*, т.-е. низшіе муниципальные магистраты, которымъ опекунскіе магистраты вмѣнили въ обязанность отыскать кандидатовъ для опеки въ своихъ муниципіяхъ [11].

Порядокъ отвѣтственности всѣхъ этихъ лицъ слѣдующій: 1) прежде всего отвѣчаетъ tutor или curator gerens; 2) при его несостоятельности привлекаются къ отвѣтственности его поручители [12]; 3) наряду съ поручителями отвѣчаютъ affirmatores и postulatores [13]; 4) далѣе слѣдуютъ соопекуны, если управленіе не было раздѣлено [14]; 5) опекунскіе магистраты (въ томъ числѣ и nominatores) [15]; 6) соопекуны, если управленіе было раздѣлено [16].

Если опекунъ стоитъ *подъ отеческой властью*, то за него отвѣчаетъ также его домовладыка по общимъ правиламъ (a. de peculio, de in rem verso, quod jussu и по аналогіи съ послѣдней въ томъ случаѣ, „si tutelam agnovit" [17]).

III. Если кто-либо, не будучи на самомъ дѣлѣ tutor или curator, дѣйствуетъ въ качествѣ таковаго, то онъ дѣйствуетъ *pro tutore* или *pro curatore*; въ этомъ случаѣ онъ отвѣчаетъ за свою дѣятельность по правиламъ опеки. Онъ обязанъ вообще къ diligentia quam suis [18], но если онъ зналъ, что онъ не состоитъ опекуномъ, то онъ отвѣчаетъ за omnis culpa [19]. Иски между protutor'омъ и опекаемымъ называются a. protutelae directa и contraria [20]. Если надъ опекаемымъ вообще невозможна была опека (онъ уже pubes или еще не родился), то къ дѣятельности protutor'а примѣняются правила negot. gestio [21]. По отношенію къ третьимъ лицамъ protutor не можетъ обязывать пупилла, не имѣя никакого полномочія на то. Третьи лица могутъ испросить у претора возстановленія (in integrum restitutio) тѣхъ исковъ, которые они консумировали, по заблужденію вчинивъ ихъ противъ пупилла falso tutore auctore [22]. Если protutor умышленно (dolo malo) далъ auctoritas для сдѣлки третьихъ лицъ съ пупилломъ или для процесса этихъ лицъ съ пупилломъ, то потерпѣвшія отъ этого третьи лица взыскиваютъ свои убытки съ него посредствомъ a. in factum [23].

§ 23. Прекращеніе опеки и попечительства. Опекунскія власти.

I. Tutela и cura *прекращаются* по обязательствамъ, касающимся опекаемаго и опекуна.

A. *Опекаемаго* касаются слѣдующія обстоятельства: 1) Всякая опека

9) L. 2 § 5 D. 26, 6. Выше § 19 пр. 26.
10) L. 1 C. 5, 46.
11) L. 1 § 5. 10. D. 27, 8. L. 1. 4. 5 C. 5, 75. L. 28. D. 26, 5. L. 6 C. 5, 34.
12) L. 4. 5 C. 5, 75.
13) L. 2 C. 11, 36. L. 11 § 1 D. 50, 1. L. 4 § 3 D. 27, 7.
14) L. 4 C. 5, 75. L. 3. 5 D. 27, 8. L. 46 § 1 D. 26, 7. L. 1 § 15 D. 27, 3.
15) L. 1. 4. 5 C. 5, 75. § 2. J. 1, 24.
16) L. 46 § 6 D. 26, 7. L. 2. 4 C. 11, 36.
17) L. 21. L. 37 § 2 D. 26, 7. L. 11. D. 27, 3. L. 1 C. 4, 26. L. 7. D. 26, 1.
18) L. 4 D. 27, 5.
19) *Windscheid*, § 444, пр. 7.
20) *Lenel*, Edictum perpetum, § 126.
21) L 1 § 6 D. 27, 5.
22) *Lenel*, § 44.
23) *Lenel*, § 122.

или попечительство прекращается, когда подопечный умираетъ или претерпѣваетъ capitis dem. maxima, media или minima [1]). 2) Tutela impuberum прекращается, когда опекаемый достигаетъ pubertas; cura minorum оканчивается по достиженіи опекаемымъ 25 лѣтъ или по полученіи имъ venia aetatis [2]); cura furiosi и prodigi приходятъ къ концу по выздоровленіи опекаемаго [3]) или по прекращеніи его расточительности [4]); cura debilium personarum прекращается по просьбѣ этихъ лицъ, вслѣдствіе которой издается особый декретъ магистрата.

B. Основанія прекращенія опеки или попечительства могутъ касаться личности *опекуна*; въ этихъ случаяхъ необходимо назначеніе новаго опекуна или куратора, и прекратившаяся опека смѣняется другой. Это бываетъ: 1) когда опекунъ или кураторъ умираетъ, претерпѣваетъ cap. dem. magna, дѣлается неспособнымъ къ опекѣ [5]); 2) когда наступаетъ резолютивное условіе, подъ которымъ данный опекунъ былъ назначенъ, когда наступаетъ установленный для его опекунства dies ad quem, или оканчивается та спеціальная потребность, для коей данный опекунъ былъ назначенъ (напр. для веденія тяжбы пупилла съ опекуномъ [6]); 3) когда опекунъ получаетъ возможность отказаться отъ принятой уже опеки и воспользуется этой возможностью; право на отказъ отъ опеки наступаетъ въ случаѣ назначенія въ тайный совѣтъ principis [7]), въ случаѣ тяжкой болѣзни, крайней бѣдности [8]), отправленія въ путешествіе за море rei publicae causa [9]), измѣненія мѣстожительства съ разрѣшенія императора (знающаго объ опекѣ [10]); 4) когда опекунъ устраняется отъ должности за допущенную имъ при веденіи опеки culpa lata, dolus [11]), или вообще за полную неспособность къ опекунству [12]); такое устраненіе производится магистратомъ или ex officio [13]), или по особой жалобѣ (accusatio suspecti tutoris), которая можетъ быть предъявлена каждымъ гражданиномъ, даже женщиной [14]). Она носила характеръ уголовнаго обвиненія (crimen suspecti).

II. Въ предыдущемъ изложеніи не разъ упоминались *опекунскія власти*. Такъ называются тѣ магистраты, которымъ ввѣрено завѣдываніе опеками и попечительствами т.-е. участіе въ назначеніи опекуновъ и попечителей, надзоръ за ихъ дѣятельностью [15]), распредѣленіе administrationis между нѣсколькими опекунами, контроль за актами отчужденія и принятія платежей, устраненіе неблагонадежныхъ опекуновъ, и т. д. Въ роли опекунскихъ вла-

---

1) § 1. 4. J. 1, 22.
2) L. 4 pr. D. 27, 3, pr. J. 1, 22. L. 1 C. 5, 60. L. 3 C. 2, 44.
3) L. 6 C. 5, 70. L. 1 pr. D. 27, 10.
4) L. 1 pr. D. 27, 10. Ср. *Girard*, стр. 225 пр. 2.
5) § 4. J. 1, 22. L. 7 pr. D. 4, 5.
6) §§ 2. 5. J. 1, 24.
7) L. 11 § 2 D. 4, 4.
8) L. 10 § 8 L. 11. 12 pr. L. 40 D. 27, 1.
9) L. 11 § 2 D. 4, 4
10) L. 12 § 1 D. 27, 1.
11) L. 3 § 5 L. 3 § 13—17. L. 7 § 1 D. 26, 10. L. 2 C. 5, 43. § 5. 10—12. J. 1, 26.
12) L. 3 § 12. 18 D. 26, 10.
13) L. 3 § 4 D. 26, 10.
14) L. 1 § 6. 7. L. 7 pr. D. 26, 10. L. 6 C. 5, 43. § 3. 4 J. 1, 26. Ср. *Girard*, стр. 213.
15) L. 1 pr. L. 7 § 3. 7. 8 D. 26, 7. L. 2. D. 2, 12. L. 9 D. 50, 4. L. 3 C. 5, 43.

стей въ Римѣ въ разное время выступали разные магистраты, начиная съ lex Atilia и Julia et Titia, т.-е. со времени изданія законовъ, которые ввели надзоръ магистратовъ за опеками. При Юстиніанѣ въ Римѣ и Константинополѣ опекунскими властями являлись praefectus urbi для опекъ надъ personae illustres и clarissimi, и praetor tutelaris—для опекъ надъ остальными лицами; въ провинціяхъ опекунскими властями были praesides и ихъ легаты, которые завѣдывали опеками надъ состоятельными лицами, и муниципальные магистраты, которымъ подлежало завѣдываніе опеками надъ лицами, имущество которыхъ не превышало 500 солидовъ [16]). — Отвѣтственность этихъ властей очень ограничена. Выше уже было указано (§ 22, II), что они отвѣчаютъ только субсидіарно, послѣ ряда другихъ лицъ. Въ частности муниципальные магистраты отвѣчаютъ только въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) если они вообще не назначили опекуна; 2) если они не потребовали отъ опекуна надлежащей satisdatio; 3) если они сами назначили негодное лицо опекуномъ или рекомендовали таковое для назначенія высшему магистрату (nominatio) [17]).—Искъ пупилла къ магистрату называется a. tutelae utilis [18]).

---

[16]) *Accarias*, I, § 136.
[17]) L. 1 § 2. 5. 6—13. L. 8 D. 27, 8. L. 1. 4—6 C. 5, 75. § 2. J. 1. 24.
[18]) L. 9 D. 27, 8. L. 1. 5 C. 5, 75.

НАСЛѢДСТВЕННОЕ ПРАВО.

ВВЕДЕНІЕ.

§ 1. Сущность и значеніе наслѣдованія.

I. Со смертью субъекта правъ погибаютъ далеко не всѣ принадлежавшія ему субъективныя права и лежавшія на немъ обязанности. Безусловно уничтожаются только семейныя права и обязанности; большая же часть имущественныхъ правоотношеній умершаго продолжаетъ существовать послѣ смерти ихъ субъекта. Они переходятъ къ другому лицу, и этотъ переходъ правъ и обязанностей умершаго лица къ новому субъекту называется *наслѣдованіемъ*.— Въ основѣ института наслѣдованія лежатъ соображенія различнаго характера: оно опирается какъ на индивидуальные интересы, такъ и на соображенія общественной пользы. Прежде всего, индивидуальная личность каждаго субъекта правъ выигрываетъ, благодаря существованію наслѣдованія, такъ какъ у каждаго лица является сознаніе, что оно пріобрѣтаетъ имущество не только на время жизни: право дѣлать распоряженія на случай смерти позволяетъ обращать имущество и послѣ смерти на служеніе тѣмъ цѣлямъ, которыя были дороги наслѣдодателю при жизни; въ завѣщаніи субъектъ правъ имѣетъ средство продлить значеніе своей личной воли за предѣлы своей жизни [1]). Въ общественномъ отношеніи удачно построенная система наслѣдованія также имѣетъ серьезное значеніе. Прежде всего, интересы кредита требуютъ, чтобы имущественныя права и обязанности не признавались прекратившимися окончательно со смертью ихъ носителя. Если бы, напр., обязанность платить долги прекращалась со смертью должника, то было бы очень рискованно оказывать ему личный кредитъ. Необходимо, слѣдовательно, чтобы въ случаѣ смерти одного лица его имущественныя правоотношенія переходили къ другому лицу. Далѣе, институтъ наслѣдованія оказываетъ еще другія услуги. Тамъ, гдѣ право признаетъ завѣщательныя распоряженія, и нормы о наслѣдованіи при отсутствіи завѣщанія соотвѣтствуютъ потребностямъ и воззрѣніямъ общества, наслѣдованіе служитъ серьезнымъ побужденіемъ для отдѣль-

[1]) Римляне этимъ особенно дорожили, и наслѣдованіе по завѣщанію стоитъ у нихъ на первомъ планѣ, сравнительно съ другими порядками наслѣдованія. Quint. decl. 308. Neque enim aliud videtur solacium mortis quam voluntas ultra mortem. Ср. къ этому *Girard*, стр. 796 сл. *Баронъ*, § 391.

наго индивида увеличивать свое имущество и напрягать свой производительный трудъ, ведущій къ этой цѣли. Люди, для которыхъ была бы недостаточной приманкой усиленная работа на самихъ себя или для общаго блага, могутъ быть привлечены къ работѣ на пользу своей семьи и вообще близкихъ лицъ, либо особенно дорогихъ имъ интересовъ. Отъ такого усиленія личной производительности выигрываетъ экономически все общество. Кромѣ того, система наслѣдованія имѣетъ большое политическое значеніе. При установленіи извѣстнаго порядка наслѣдованія государство можетъ вліять на распредѣленіе богатствъ между отдѣльными гражданами въ желательномъ смыслѣ. Напр., могущественная англійская аристократія поддерживаетъ свое существованіе, главнымъ образомъ, благодаря своеобразному порядку наслѣдованія въ имуществѣ.—Эти соображенія, между прочимъ, объясняютъ, почему наслѣдственное право, на ряду съ семейнымъ, находится въ большой зависимости отъ индивидуальныхъ особенностей каждаго даннаго народа, его національнаго состава и историческихъ судебъ. Въ частности также римское наслѣдственное право далеко не является столь космополитичной по содержанію системою нормъ, какъ напр., римское обязательственное право, и рецепція этой части римскаго гражданскаго права въ Западной Европѣ была совершена далеко не такъ полно и не такъ безусловно, какъ рецепція обязательственнаго права.

II. Римляне представляли себѣ наслѣдованіе возможнымъ въ двоякой формѣ: въ видѣ *универсальнаго преемства*—наслѣдованія, *hereditas* въ тѣсномъ смыслѣ,—и въ видѣ *сингулярнаго преемства* — *legatum и fideicommissum*.

III. *Универсальное преемство* состоитъ въ томъ, что новый пріобрѣтатель, который въ этомъ случаѣ именуется наслѣдникомъ — heres, — силою одного акта пріобрѣтаетъ всю совокупность уцѣлѣвшихъ послѣ умершаго правъ и обязанностей [2]). Онъ пріобрѣтаетъ, вступая въ наслѣдство, всѣ части *активнаго* имущества, какъ вещныя, такъ и обязательственныя права. Ему не приходится совершать актовъ пріобрѣтенія для каждаго права въ отдѣльности. Достаточно того событія, которое считается актомъ пріобрѣтенія всего наслѣдства. Въ составѣ наслѣдства heres можетъ пріобрѣсти даже такія права, о существованіи которыхъ онъ не зналъ, и такія, къ пріобрѣтенію которыхъ въ отдѣльности онъ не былъ способенъ [3]). Въ то же время, по римскому воззрѣнію, наслѣдникъ съ актомъ пріобрѣтенія наслѣдства дѣлается субъектомъ всѣхъ тѣхъ *обязанностей*, которыя сохранили силу по смерти наслѣдодателя. На наслѣдника, другими словами, переходятъ долги наслѣдодателя, и переходятъ притомъ въ полномъ объемѣ, хотя бы ихъ сумма превышала активное имущество наслѣдодателя. Наслѣдство можетъ даже состоять изъ однихъ долговъ. L. 119 D. 50, 16. Pomponius. Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: juris enim nomen est sicuti bonorum possessio. Только Юстиніанъ далъ наслѣднику средство избавиться отъ этой отвѣтственности за долги наслѣдства въ ихъ полномъ размѣрѣ — т. наз. beneficium inventarii (см. ниже § 24).

---

[2]) L. 62 D. 50, 17 Julianus 6 dig. Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus quod defunctus habuerit.

[3]) L. 62 D. 41, 1 Paulus 2 man. Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis, ad heredem, et res, cujus aliquis commercium non habet; nam etsi legari ei non possit, tamen heres institutus dominus ejus efficitur.

IV. Если наслѣдниковъ является нѣсколько, то они называются *сонаслѣдниками* — coheredes. Они конкуррирують другъ съ другомъ, и къ каждому переходитъ лишь идеальная доля всего наслѣдственнаго имущества, т. е. актива и отвѣтственности за долги. Но эвентуально каждый изъ такихъ coheredes считаетъ *призваннымъ ко всему наслѣдству:* это выражается въ томъ, что при отпаденіи кого-либо изъ сонаслѣдниковъ, его часть въ наслѣдствѣ дѣлится между всѣми остальными сонаслѣдниками; римляне говорятъ въ этомъ случаѣ *о приращеніи* долей сонаслѣдникамъ (jus accrescendi см. ниже § 22).

V. Для полученія наслѣдства необходима наличность двухъ моментовъ: *открытія наслѣдства* (*delatio hereditatis*) *и пріобрѣтенія наслѣдства* (*acquisitio hereditatis*). *Открытіемъ* наслѣдства называются такіе факты, которые даютъ право извѣстному лицу сдѣлаться субъектомъ наслѣдственнаго имущества, если оно этого пожелаетъ [4]). *Пріобрѣтеніе* наслѣдства состоитъ въ изъявленіи воли сдѣлаться наслѣдникомъ: послѣ этого изъявленія призванное къ наслѣдству лицо дѣлается субъектомъ наслѣдственнаго имущества, входящихъ въ его составъ правъ и обязанностей.—Есть, впрочемъ, случаи, когда наслѣдство пріобрѣтается *помимо воли наслѣдника*, и особый актъ пріобрѣтенія наслѣдства не является необходимымъ. Въ этихъ случаяхъ наслѣдники называются heredes necessarii, въ отличіе отъ voluntarii; сюда относятся непосредственно подвластные наслѣдодателю нисходящіе (heredes sui et necessarii), а также рабы, назначенные наслѣдниками въ завѣщаніи ихъ собственника (см. ниже § 19, I, B.).—Въ связи съ этимъ слѣдуетъ отмѣтить основное правило римскаго наслѣдственнаго права, согласно которому наслѣдникъ, разъ онъ пріобрѣлъ наслѣдство, долженъ былъ навсегда остаться наслѣдникомъ. Нельзя было, напр., въ завѣщаніи назначать наслѣдника ad diem, т. е. отъ или до извѣстнаго срока, или подъ резолютивнымъ условіемъ. Это правило выражается афоризмомъ: „*semel heres semper heres*“.

VI. Отсюда слѣдуетъ, что подъ *наслѣдственнымъ правомъ въ субъективномъ смыслѣ* слѣдуетъ разумѣть двоякое понятіе. Въ моментъ *призванія* къ наслѣдству—delatio hereditatis—лицо получаетъ право пріобрѣсти наслѣдственное имущество; оно дѣлается способнымъ къ пріобрѣтенію наслѣдства (Общ. ч. § 13, IV, 5). Послѣ совершенія акта *пріобрѣтенія* наслѣдства—acquisitio hereditatis — призванное лицо получаетъ уже право на самое наслѣдство, оно дѣлается его хозяиномъ. Мы уже знаемъ, что конструкція этого послѣдняго права спорна (см. Общ. ч. § 13, IV, 5). Но исходя изъ того соображенія, что имущество, какъ цѣлое, не есть особый объектъ права, а только особое юридическое понятіе (Общ. ч. § 29, III), мы должны безусловно отвергнуть ту конструкцію, согласно которой объектомъ права наслѣдника, совершившаго acquisitio hereditatis, является наслѣдство, какъ цѣлое. Правильнѣе всего намъ кажется воззрѣніе, согласно которому наслѣдникъ, пріобрѣтая наслѣдство, не получаетъ какого-либо особаго субъективнаго права sui generis: онъ просто дѣлается субъектомъ тѣхъ отдѣльныхъ правъ и обязанностей, которыя принадлежали наслѣдодателю; но всѣ эти права и обязанности наслѣдникъ пріобрѣтаетъ силою одного общаго акта и соотвѣтственно съ этимъ получаетъ одинъ общій искъ о защитѣ этихъ правъ

---

[4]) L. 151 D. 50, 16. „Delata“ hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi.

и обязанностей (hereditatis petitio). Конструкція, которая видитъ въ наслѣдованіи переходъ на наслѣдника имущественно-правовой личности наслѣдодателя, намъ кажется неестественной, ибо допускаетъ, что въ юридическомъ отношеніи личность переживаетъ физическое существованіе ея носителя, какъ бы отдѣляется отъ самого лица. Въ этой конструкціи заключается метафора, удачно поясняющая суть дѣла, но не настоящая жизненная характеристика реальныхъ отношеній. Такая метафора содержится и въ выраженіяхъ источниковъ, приводимыхъ въ подкрѣпленіе этой конструкціи (напр. Nov. 48 praefatio: „nostris videtur legibus una quodammodo persona heredis et illius qui hereditatem in eum transmittit").

VII. *Призваніе къ наслѣдству* (delatio hereditatis) совершается по двумъ основаніямъ: 1) *завѣщаніе* умершаго лица—testamentum, и 2) *законъ*. Призваніе по закону наступаетъ или въ томъ случаѣ, когда не осталось дѣйствительнаго завѣщанія, или же въ томъ, когда наслѣдство дается нѣкоторымъ лицамъ вопреки оставленному завѣщанію. Согласно съ этимъ различаются *три порядка наслѣдованія*: 1) наслѣдованіе по завѣщанію—successio ex testamento; 2) наслѣдованіе по закону въ тѣсномъ смыслѣ, т. е. при отсутствіи завѣщанія—successio ab intestato, и 3) наслѣдованіе противъ завѣщанія, или такъ наз. необходимое наслѣдованіе [5]).

У римлянъ допускались случаи наслѣдованія противъ завѣщанія на ряду съ наслѣдованіемъ по завѣщанію (нѣкто вчинаетъ querela inofficiosi testamenti и одерживаетъ побѣду только противъ одного изъ нѣсколькихъ наслѣдниковъ, назначенныхъ въ завѣщаніи [6]). Но наслѣдованіе ab intestato никогда не могло имѣть мѣста на ряду съ наслѣдованіемъ по завѣщанію. Это выражается старинной поговоркой: „*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*" [7]). На основаніи этого правила, если умершій оставилъ завѣщаніе и въ немъ распорядился только частью своего имущества, то въ остальной части не наступаетъ наслѣдованіе ab intestato, но она переходитъ къ тому же наслѣднику, который назначенъ въ завѣщаніи (§ 9, II). Далѣе, если изъ нѣсколькихъ наслѣдниковъ, назначенныхъ въ завѣщаніи, одинъ не пріобрѣтетъ своей части, то она также не переходитъ къ наслѣдникамъ ab intestato, но приростаетъ (accrescit) къ частямъ остальныхъ наслѣдниковъ по завѣщанію (§ 22, II). Тутъ мы вторично встрѣчаемся съ jus accrescendi. Только въ отношеніи *завѣщаній солдатъ* это правило не примѣняется: послѣ солдатъ наслѣдованіе совершается по завѣщанію настолько, насколько это опредѣлено завѣщателемъ, а въ остальной части имущества наступаетъ наслѣдованіе ab intestato [8]).

Дѣлалось много попытокъ объяснить происхожденіе этого страннаго правила, котораго не знаетъ русское право и отъ котораго отказались западноевропейскія законодательства. Кажется, самымъ удачнымъ нужно считать

---

[5]) *Договоръ*, какъ основаніе призванія къ наслѣдству, римскимъ правомъ не допускается L. 61 D. 45, 1 L. 4 C. 8, 38 (39). L. 5 C. 5, 14. L. 15 C. 2, 3 ср. L. 3 C. 6, 20. Современному праву договоры о наслѣдованіи (Erbverträge) извѣстны. См. о нихъ *Dernburg* III § 126—127. *Windscheid* § 529 пр. 2—4. *Баронъ* § 390 пр. 10—15.

[6]) L. 15 § 2 D. 5, 2.

[7]) § 5 I. 2, 14. L. 7 D. 50, 17. Cic. de inv. 2, 21.

[8]) L. 6 D. 29, 1. Другое исключеніе: наслѣдованіе въ имуществѣ подвластныхъ. См. *Wendt*, Pand. § 323.

объясненіе [9]), которое видитъ основаніе правила въ буквальномъ толкованіи римскими юристами текста закона XII таблицъ, согласно которому наслѣдованіе по закону наступаетъ только при томъ условіи: „si intestato moritur“. Этотъ текстъ былъ истолкованъ древними юристами въ томъ смыслѣ, что лицо, оставившее завѣщаніе, хотя бы относительно части имущества, уже не было intestatus, и потому въ его имуществѣ по буквѣ закона не должно было открываться наслѣдованія ab intestato. Это буквальное толкованіе закона привилось на практикѣ, потому что значительно упрощало задачи суда при регулированіи наслѣдованія въ каждомъ данномъ случаѣ: судъ могъ передавать все имущество лицу, указанному въ завѣщаніи. Къ тому же времени, когда римскій судъ пересталъ уклоняться отъ сложныхъ разсчетовъ, правило уже упрочилось настолько, что было сохранено въ силу обычая. При выработкѣ новаго, солдатскаго завѣщанія — testamentum militis — оно было, какъ мы уже замѣтили, оставлено.

VIII. Мы познакомились, въ общихъ чертахъ, съ первымъ видомъ наслѣдованія, съ наслѣдованіемъ въ формѣ универсальной сукцессіи. Наслѣдованіе возможно и въ формѣ *сингулярнаго преемства*. Оно совершается въ видѣ *отказовъ*, по римской терминологіи — *legatum и fideicommissum* [10]). Въ этихъ случаяхъ successor получаетъ по общему правилу не все имущество наслѣдодателя или опредѣленную долю его, но извѣстныя, указанныя наслѣдодателемъ *части активнаго имущества* наслѣдодателя. Лицо, получившее отказъ, не отвѣчаетъ за *долги* наслѣдодателя, хотя бы оно получило въ результатѣ больше, нежели самъ наслѣдникъ. Но съ другой стороны, отказы, сдѣланные наслѣдодателемъ, дѣйствительны лишь тогда, когда активное имущество наслѣдодателя превышаетъ его долги. Кромѣ того, наслѣдникъ имѣетъ право удержать въ свою пользу изъ наслѣдственнаго имущества четвертую часть — quarta Falcidia, которую онъ можетъ вычесть изъ назначенныхъ наслѣдодателемъ отказовъ.

Однако, есть видъ отказа — fideicommissum hereditatis, который устанавливаетъ въ результатѣ универсальное преемство во всемъ наслѣдствѣ или въ его долѣ въ пользу лица, получившаго такой отказъ (см. § 2, III).

§ 2. Историческія замѣчанія.

Римская система наслѣдованія въ смыслѣ универсальнаго или сингулярнаго преемства въ имуществѣ умершаго лица выработалась не сразу. Еще въ юстиніановомъ правѣ замѣтны слѣды постепенныхъ историческихъ наслоеній въ этой системѣ; совершенно ясно они выступаютъ въ классическомъ правѣ до реформъ Юстиніана.

I. Въ области *наслѣдованія* въ тѣсномъ смыслѣ, какъ *универсальнаго* преемства, классическое римское право различаетъ двѣ системы: старую *цивильную* систему — hereditas — и новую *преторскую* — bonorum possessio [1]).

---

[9]) *Dernburg* III § 57.

[10]) L. 116 pr. D. 30. Florent. 11 inst. Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.

[1]) О терминологіи см. *Windscheid* § 528 пр. 4; § 532 пр. 3.

Основы старой системы положены законами XII таблицъ; первыя отчетливыя свѣдѣнія о преторской системѣ мы имѣемъ изъ эпохи Цицерона.

Bonorum possessio [2]) въ своей развитой формѣ устанавливала такое же универсальное преемство, какъ и hereditas. Bonorum possessor отвѣчалъ, слѣдовательно, за долги наслѣдодателя въ полномъ объемѣ [3]). Къ bonorum possessio примѣнялись также другія основныя нормы, выработанныя для цивильнаго наслѣдованія, какъ jus accrescendi между сонаслѣдниками и правило „nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest". Но въ другихъ отношеніяхъ сохранились существенныя различія между этими двумя системами. Въ основѣ цивильнаго наслѣдованія ab intestato и наслѣдованія противъ завѣщанія лежалъ принципъ агнатскаго родства; по преторской системѣ къ наслѣдованію, наравнѣ съ агнатами, призывались когнаты и супругъ (bon. poss. intestati и contra tabulas). Цивильное право выработало весьма сложную форму завѣщанія; преторское право замѣнило ее новой упрощенной (bon. poss. secundum tabulas). По цивильному праву пріобрѣтеніе наслѣдства совершалось иногда противъ воли наслѣдника (heredes necessarii; см. § 1, V); преторское право всюду стремилось поставить пріобрѣтеніе наслѣдства въ зависимость отъ воли пріобрѣтателя (для heredes sui et necessarii создано beneficium abstinendi; см. ниже § 19, I, B). По цивильному праву при наслѣдованіи ab intestato возможно было лишь однократное призваніе къ наслѣдству: если призванное лицо не дѣлалось наслѣдникомъ, то наслѣдство не открывалось слѣдующимъ классамъ наслѣдниковъ, а становилось выморочнымъ (in legitimis hereditatibus successio non est) [4]); преторъ создалъ edictum successorium, согласно которому наслѣдство ab intestato при отпаденіи одного наслѣдника открывалось слѣдующему за нимъ по очереди [5]). По цивильному праву пріобрѣтеніе наслѣдства было частнымъ актомъ и не было связано срокомъ; по преторскому праву оно совершалось передъ преторомъ и было связано срокомъ (см. § 19, II). Наконецъ, преторскій наслѣдникъ, получая utiliter всѣ иски, предоставленные цивильному наслѣднику, имѣлъ еще особый преторскій искъ, съ помощью котораго онъ могъ пріобрѣсти владѣніе тѣлесными вещами, входящими въ составъ наслѣдства: interdictum quorum bonorum (ниже § 26, III). Благодаря выгодамъ, связаннымъ съ этимъ искомъ, пріобрѣтеніе bonorum possessio имѣло значеніе и для такихъ лицъ, которыя могли бы наслѣдовать по одному цивильному праву. — Кромѣ т. наз. bonorum possessio *edictalis* [6]), которая давалась преторомъ на основаніи общихъ нормъ, указанныхъ въ эдиктѣ, была еще bonorum possessio *decretalis* [7]). Эта послѣдняя bonorum possessio давалась преторомъ послѣ особаго разсмотрѣнія всѣхъ обстоятельствъ дѣла въ тѣхъ случаяхъ, когда ея предоставленія требовала справедливость.

Съ теченіемъ времени эти двѣ наслѣдственныя системы — цивильная и преторская—стали все болѣе сближаться между собою. Это сближеніе про-

---

2) Ср. къ послѣдующему *Girard* стр. 791 — 795. *Dernburg* III §§ 62 — 63. *Баронъ* § 388.

3) L. 3 § 1 D. 37, 1. L. 1 D. eod. L. 208 D. 50, 16.

4) Ulp. 26, 5. Paul. 4, 8, 21 (23). Gai 3, 12.

5) Ulp. 28, 11. L. 1 § 10 D. 38, 9. L. 2 pr. D 38, 2. § 9 I. 3, 9. Юстиніанъ перенесъ этотъ принципъ и на цивильное наслѣдованіе. L. 4 C. 6, 4. § 7 I. 4, 2.

6) L. 30 § 1 D. 29, 2. L. 1 § 4 D. 38, 6.

7) L. 1 § 7 D. 38, 9.

исходило вслѣдствіе того, что императорское законодательство стало вносить въ цивильную систему принципы, заимствованные изъ преторскаго права. Такой характеръ носятъ Sctum Tertullianum и Orphitianum о наслѣдованіи матери послѣ дѣтей и обратно [8]), а также новеллы Юстиніана о порядкѣ наслѣдованія ab intestato (Nov. 118) и противъ завѣщанія (Nov. 115). Дуализмъ въ правѣ уничтожался, далѣе, благодаря тому, что нѣкоторыя положенія преторскаго права устранили на практикѣ противныя имъ положенія цивильнаго права; въ другихъ случаяхъ были введены новыя правила, которыя замѣнили какъ старыя цивильныя, такъ и преторскія нормы. Въ результатѣ, въ Юстиніановомъ правѣ почти вся система наслѣдованія покоится на императорскомъ законодательствѣ, и только въ нѣкоторыхъ случаяхъ пополняется нормами преторскаго права; такъ, напр., наслѣдованіе супруговъ ab intestato и въ Юстиніановомъ правѣ основано только на преторскомъ эдиктѣ о bon. poss. unde vir et uxor (ниже § 13, IV, 5); на преторскомъ правѣ основана также bon. poss. ex edicto Carboniano (ниже § 20, II) и т. п. Въ этихъ случаяхъ и въ Юстиніанову эпоху примѣняются правила о bonorum possessio, напр., правило о вступленіи въ наслѣдство передъ преторомъ, о срокѣ вступленія (см. ниже § 19, II).

II. Не менѣе существенныя измѣненія произошли со временемъ въ правѣ *отказовъ*. До Юстиніана въ этомъ отношеніи различаются два института: легатъ и фидеикоммиссъ.

I) *Legatum* было древнѣйшею формою отказа. Легаты могли назначаться только въ завѣщаніи, составленномъ съ соблюденіемъ установленныхъ правилъ (testamentum), и притомъ непремѣнно послѣ назначенія наслѣдника; обязанность платить легаты могла быть возложена только на наслѣдника, назначеннаго въ завѣщаніи, но не на другихъ лицъ (напр. не на heres ab intestato [9]). Римляне различали четыре вида легатовъ [10]). 1) *Legatum per vindicationem* было примѣнимо только къ вещамъ, которыя находились въ квиритской собственности завѣщателя, какъ въ моментъ составленія завѣщанія, такъ и смерти завѣщателя. Легатарій пріобрѣталъ въ силу такого легата право собственности на отказанный ему предметъ. Формою легата были слова: „do, lego“, а впослѣдствіи также „capito, sumito, sibi habeto“. 2) Разновидностью этого легата было *legatum per praeceptionem*, назначавшееся въ формѣ „praecipito“; оно также установляло собственность легатарія и употреблялось преимущественно (а по мнѣнію Сабиніанцевъ—исключительно) для назначенія отказа въ пользу одного изъ сонаслѣдниковъ. 3) *Legatum per damnationem*; этотъ легатъ назначался въ формѣ „heres damnas esto dare“; на основаніи такого легата у легатарія возникало только обязательственное право требовать отъ наслѣдника выдачи отказаннаго объекта; въ этой формѣ можно было отказывать даже вещи, принадлежавшія наслѣднику или третьимъ лицамъ. 4) Разновидностью этого легата было *legatum sinendi modo*, которое обязываетъ наслѣдника не *выдать* легатъ, а допустить, чтобы самъ легатарій взялъ изъ наслѣдственной массы отказанный ему объектъ; въ результатѣ такого легата у легатарія возникаетъ также обязательственное право противъ

---

[8]) Paul. 4, 9. Ulp. 26, 7—8. Inst. 3, 3 и 4.
[9]) Gai 2, 229; 269—271.
[10]) См. Gai. 2, 192—223. Ulp. 24, 2, 11.

наслѣдника; этотъ легатъ примѣнимъ только къ вещамъ, входившимъ въ составъ наслѣдства или же принадлежавшимъ самому наслѣднику.

2) *Фидеикоммиссъ* [11]) въ его развитой формѣ есть тоже легатъ, но назначенный безъ соблюденія формъ цивильнаго права; сюда относится, например, отказъ, оставленный не въ завѣщаніи (т.-е. не въ распоряженіи, которое содержало въ себѣ назначеніе наслѣдника), а въ кодициллѣ (такъ называется одностороннее распоряженіе на случай смерти, не содержащее въ себѣ назначенія наслѣдника), или отказъ, оставленный лицу, неспособному получать легаты (по lex Julia et Pappia Poppaea вслѣдствіе безбрачія или перегрину), или отказъ, возложенный (по кодициллу) на heres ab intestato. Фидеикоммиссы были снабжены искомъ при Августѣ (petitio extra ordinem); до этого времени они не были юридическимъ институтомъ: ихъ исполненіе было дѣломъ совѣсти наслѣдника.

Послѣдующая исторія этихъ институтовъ состоитъ въ постепенномъ сліяніи легатовъ и фидеикоммиссовъ. Sctum Neronianum сгладило разницу между отдѣльными видами легатовъ, постановивъ, что легатъ, который не дѣйствителенъ какъ legatum per vindicationem, потому что имъ отказана вещь, не принадлежавшая завѣщателю, или въ виду примѣненія несоотвѣтствующихъ терминовъ, все же сохраняетъ силу, какъ legatum per damnationem [12]).—Съ другой стороны, на фидеикоммиссы, послѣ признанія ихъ юридической силы, мало-по-малу были перенесены ограниченія, выработанныя для легатовъ.— *Юстиніанъ* окончательно слилъ легаты и фидеикоммиссы въ одинъ институтъ [13]). Согласно съ этимъ интерполированная L. 1 D. 30, въ которой Ульпіану не принадлежитъ ни одного слова, гласитъ: „per omnia exaequata sunt legata fideicommissis“ [14]).

III. Особое мѣсто въ системѣ наслѣдственнаго права занимаетъ *fidei commissum hereditatis* [15]). Такъ называется фидеикоммиссъ, возлагающій на наслѣдника обязанность выдать другому лицу все наслѣдство или опредѣленную долю его. Такой фидеикоммиссъ первоначально приравнивался къ другимъ отказамъ, т.-е. признавался за основаніе для сингулярной сукцессіи. Хотя бы фидеикоммиссарій получилъ все наслѣдство отъ наслѣдника (heres fiduciarius), обремененнаго фидеикоммиссомъ, но за наслѣдственные долги продолжалъ отвѣчать наслѣдникъ. Послѣдній могъ освободиться отъ отвѣтственности лишь путемъ заключенія о томъ особой стипуляціи съ фидеикоммиссаріемъ. Положеніе было измѣнено *Sctum Trebellianum*: этотъ сенатусконсультъ постановилъ, что лицо, получившее по фидеикоммиссу все наслѣдство или долю его, должно въ соотвѣтственномъ объемѣ принять на себя и отвѣтственность за наслѣдственные долги; заключеніе особой стипуляціи съ наслѣдникомъ болѣе не требовалось [16]). Такимъ образомъ, въ результатѣ Требелліанова сенатусконсульта fideicommisum hereditatis превратилось въ основаніе для *универсальной* сукцессіи. Однако, это положеніе, въ свою очередь, было измѣ-

---

[11]) См. Gai. 2, 260—289. Ulp. 25. J. 2, 23. Подробно о различіи легатовъ и фидеикоммисовъ см. *Баронъ* § 437, II.

[12]) Ulp. 24, 11a. Gai. 2, 197. 218.

[13]) L. 1. 2 C. 6, 41. § 2—3 J. 2, 20.

[14]) *Appleton*, les interpolations dans les Pandectes стр. 11.

[15]) Gai. 2, 247—260. Ulp. 25, 14—16. Jnst. 2, 23.

[16]) Текстъ сенатусконсульта см. въ L. 1 § 2. D. 36, 1. О Sctum Pegasianum см. *Windscheid* § 662 пр. 1.

нено *Sctum Pegasianum*. Этотъ сенатусконсультъ былъ изданъ по слѣдующему поводу: сила fideicommissum hereditatis зависѣла отъ дѣйствительности того завѣщанія, въ которомъ фидеикоммиссъ былъ назначенъ; сила же завѣщанія зависѣла отъ того, принималъ ли наслѣдство назначенный въ немъ heres. Естественно, что heres часто отказывался принять наслѣдство, если онъ по возложенному на него фидеикоммиссу тотчасъ же долженъ былъ выдать все имущество другому лицу. Чтобы побудить наслѣдника ко вступленію въ наслѣдство (что было необходимо и для сохраненія въ силѣ фидеикоммисса), Sctum Pegasianum постановило, что heres, добровольно вступившій въ наслѣдство, обремененное универсальнымъ фидеикоммиссомъ, могъ вычесть въ свою пользу $^1/_4$ всего имущества (quarta Falcidia); но въ такомъ случаѣ онъ реституировалъ остальную часть наслѣдства не ex Trebelliano, т. е. онъ оставался отвѣтственнымъ за долги наслѣдства въ полномъ размѣрѣ; чтобы сложить съ себя часть отвѣтственности, онъ опять таки долженъ былъ заключить съ фидеикоммиссаромъ соотвѣтственную стипуляцію. На случай же отказа heres'а вступить въ наслѣдство, Sctum Pegasianum постановляло, что преторъ можетъ принудить его къ тому; такой принужденный къ вступленію heres fiduciarius самъ ничего не получалъ отъ наслѣдства, но и всѣ долги ipso jure переходили на фидеикоммиссара.

Юстиніанъ постановилъ [17]), что реституція наслѣдства *всегда* должна происходить по Sctum Trebellianum, такъ что и въ случаѣ вычета quarta Falcidia наслѣдникомъ фидеикоммиссаръ тѣмъ не менѣе ipso jure отвѣчаетъ за долги въ размѣрѣ полученной имъ доли наслѣдства. Такимъ образомъ, въ Юстиніановомъ правѣ въ результатѣ fideicommissum hereditatis *всегда наступаетъ универсальная сукцессія*: универсальный фидеикоммиссаръ или вполнѣ, или въ $^3/_4$ наслѣдства занимаетъ мѣсто наслѣдника.

IV. Послѣ этихъ замѣчаній о ходѣ историческаго развитія римской наслѣдственной системы, мы можемъ приступить къ изученію этой системы въ ея развитомъ видѣ. Изложеніе наше раздѣляется на *два отдѣла*: I. наслѣдованіе въ тѣсномъ смыслѣ (hereditas); II. отказы и mortis causa donationes.

---

17) § 7 J. 2, 23. Const. Tanta § 6 a.

ОТДѢЛЪ I.

Порядокъ наслѣдованія въ тѣсномъ смыслѣ (hereditas).

Глава I. Общія положенія.

§ 3. Условія наслѣдованія.

Наслѣдованіе наступаетъ при наличности извѣстныхъ фактовъ, въ результатѣ которыхъ одно лицо дѣлается наслѣдникомъ другого лица. Эти факты мы и называемъ условіями наслѣдованія. Такихъ фактовъ насчитывается три: 1) смерть лица, способнаго оставить наслѣдство, 2) призваніе къ наслѣдству лица, способнаго быть наслѣдникомъ и 3) пріобрѣтеніе наслѣдства этимъ лицомъ.

I. *Смерть наслѣдодателя.* Наслѣдованіе можетъ открыться только въ имуществѣ умершаго [1]) *физическаго* лица. Viventis hereditas non datur (сложившаяся въ Германіи поговорка). Въ имуществѣ прекратившагося *юридическаго* лица наслѣдованіе не открывается; если нѣтъ особыхъ законодательныхъ или статуарныхъ положеній о переходѣ имущества такого юридическаго лица, то это имущество считается выморочнымъ (bona vacantia) и пріобрѣтается фискомъ, какъ таковое [2]). Что касается физическаго лица, то послѣ его смерти только тогда открывается наслѣдованіе, когда это лицо *было способно имѣть активное имущество*; поэтому, не говоря о рабахъ, которые не считались вообще за субъектовъ правъ, даже подвластныя дѣти не могли по древнѣйшему праву оставлять наслѣдства [3]); но въ позднѣйшемъ правѣ послѣ смерти подвластныхъ дѣтей открывается наслѣдство, ибо они въ эту эпоху уже признаны способными имѣть свое имущество въ видѣ peculium castrense и quasi castrense или bona adventicia; впрочемъ, обыкновенно они не имѣютъ права совершать завѣщанія (см. § 6, III, 2). Послѣ перегриновъ наслѣдованіе открывается не по римскому праву, а по праву ихъ государства [4]). Послѣ римлянина, претерпѣвшаго въ наказаніе за преступленіе

---

[1]) L. 27 D. 29, 2. L. 1 D. 18, 4.
[2]) См. объ этомъ *Girard* стр. 236 пр. 5. *Dernburg* III § 56 пр. 5. *Баронъ* § 34.
[3]) L. 11 D. 46, 1. Ulp. 20, 10.
[4]) Ulp. 20, 14.

capitis deminutio media, наслѣдство тоже не открывается, ибо, потерявъ право римскаго гражданства, онъ не пріобрѣлъ другого права гражданства [5]).

II. *Призваніе къ наслѣдству* (delatio hereditas), какъ уже было указано въ § 1, возможно на трехъ основеніяхъ: 1) по завѣщанію (ex testamento), 2) по закону (ab intestato) и 3) противъ завѣщанія (contra tabulas). Выше (§ 1, VI) уже было указано взаимное отношеніе этихъ трехъ основаній (nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest). Мы займемся подробнымъ разсмотрѣніемъ каждаго изъ этихъ основаній въ отдѣльности въ слѣдующихъ трехъ главахъ этого отдѣла (гл. II—IV).—*Моментомъ призванія къ наслѣдству* является обыкновенно моментъ смерти наслѣдодателя: въ этотъ моментъ наслѣдство открывается для опредѣленнаго лица, указаннаго закономъ или завѣщаніемъ. Иногда, впрочемъ, delatio hereditatis наступаетъ позже: это бываетъ въ слѣдующихъ случаяхъ: a) если наслѣдникъ въ завѣщаніи пазначенъ подъ суспензивнымъ условіемъ, то наслѣдство открывается только по наступленіи условія (см. ниже § 8, III); b) если наслѣдодатель умеръ, и есть основаніе предполагать, что его ближайшій наслѣдникъ уже зачатъ, но находится еще въ утробѣ матери, то открытіе наслѣдства откладывается до разрѣшенія беременности [6]); c) если оставленное умершимъ завѣщаніе впослѣдствіи окажется ничтожнымъ, то открывается наслѣдованіе ab intestato послѣ констатированія ничтожности завѣщанія (см. ниже § 11).—Въ силу *successio ordinum et graduum* возможно нѣсколько послѣдовательныхъ призваній къ одному и тому же наслѣдству: если одинъ наслѣдникъ не приметъ наслѣдства, то оно открывается слѣдующему за нимъ (§ 2, I; § 13, III).—Къ наслѣдству призывается только лицо, *способное быть наслѣдникомъ*. Важнѣйшіе случаи, когда лицо не можетъ быть наслѣдникомъ, слѣдующіе: 1) не могутъ быть призваны къ наслѣдованію тѣ, кто еще не былъ зачатъ въ моментъ смерти наслѣдодателя [7]), или кто уже умеръ къ этому моменту [8]); 2) изъ юридическихъ лицъ способны наслѣдовать: fiscus, civitas, церковь и pia corpora [9]); остальныя корпораціи могутъ наслѣдовать лишь въ силу особыхъ привилегій [10]) (см. Общ. ч. § 27). 3) Перегрины и римляне, претерпѣвшіе capitis deminutio media, не могутъ наслѣдовать по римскому праву [11]). 4) Не могутъ наслѣдовать дѣти государственныхъ преступниковъ [12]), вѣроотступники и еретики [13]); вдова, нарушившая траурный годъ (см. Семейное право § 12); родственники малолѣтняго, не испросившіе ему опекуна (Сем. право § 19, II, 1, c).

III. *Пріобрѣтеніе наслѣдства* (acquisitio hereditatis) призваннымъ къ нему лицомъ, какъ мы уже замѣтили въ § 1, большею частью зависитъ отъ воли этого лица; но есть случаи (heredes necessarii), когда это пріобрѣтеніе

---

5) L. 17 § 1 D. 48, 19. L. 7 § 5 D. 48, 20. L. 3 D. 48, 22.

6) L. 30 § 1. D. 29, 2.

7) L. 6—8 pr. D. 38, 16. L. 1 § 4. D. 38, 8. L. 3. D. 37, 11. § 8 J. 3, 1. При наслѣдованіи по завѣщанію возможны, однако, исключенія изъ этого правила. Ср. L. 9 § 17. 18 D. 28, 5 и *Dernburg* Pandekten, III § 59 Съ этимъ не согласенъ *Fadda* Diritto ereditario § 123.

8) L. 60 (59) § 6 D. 28, 5. L. 45 § 1 D. 28, 6. L. 1 § 7 C. 6, 51.

9) L. 12 C. 6, 24. L. 1. 23. C. 1, 2. Nov. 131 c. 9 cf. Ulp. 22, 5—6.

10) L. 8 C. 6, 24.

11) L. 6 § 2 D. 28, 5. L. 1 C. 6, 24. L. 13 pr. D. 37, 1. L. 3 pr. D. 34, 8.

12) L. 5 C. 9, 8.

13) L 3. 4 C. 1, 7. L. 4. 5. 18. 19. 22. C. 1, 5.

наступаетъ помимо воли призваннаго лица въ самый моментъ открытія наслѣдства. Мы разсмотримъ подробно вопросъ о пріобрѣтеніи наслѣдства въ главахъ V и VI настоящаго отдѣла.

§ 4. Hereditas jacens.

I. Мы видѣли (въ § 3, II), что не всегда моментъ призванія къ наслѣдству (delatio hereditatis) совпадаетъ съ моментомъ смерти наслѣдодателя; сверхъ того, между призваніемъ къ наслѣдству и пріобрѣтеніемъ наслѣдства со стороны призваннаго лица можетъ пройти довольно много времени. Въ теченіе всего этого времени наслѣдственная масса не имѣетъ видимаго хозяина. Спрашивается, какъ относилось къ такому лежачему наслѣдству (hereditas jacens [1]) римское право: признавало ли оно лежачее наслѣдство за безхозяйное имущество, или за имущество, принадлежащее какому - либо субъекту?

Древнее римское право разрѣшало эту задачу довольно просто. Такъ какъ никакого видимаго хозяина наслѣдство до пріобрѣтенія его наслѣдникомъ не имѣетъ, то всѣ вещи, входящія въ составъ наслѣдства, признавались *вещами, никому не принадлежащими* (res nullius). Это воззрѣніе встрѣчается еще у классическихъ юристовъ, напр. у Лабеона [2]) и Гая [3]). Эта конструкція приводила къ ряду практическихъ послѣдствій. Она не проводилась настолько послѣдовательно, чтобы прямо допустить пріобрѣтеніе вещей лежачаго наслѣдства въ собственность посредствомъ оккупаціи ихъ всякимъ желающимъ; но допускалась возможность узукапировать ихъ въ теченіе года для всякаго лица, которое захватитъ владѣніе такими вещами. Эта usucapio hereditatis не предполагала ни justus titulus, ни bona fides, и она заканчивалась въ теченіе года не только для вещей движимыхъ, но и для недвижимыхъ [4]). Далѣе, рабы, входившіе въ составъ лежачаго наслѣдства, не могли заключать никакихъ юридическихъ сдѣлокъ, такъ какъ у нихъ не было господина, который пріобрѣталъ бы права изъ этихъ сдѣлокъ. Деликты, совер-

---

[1]) L. 13 § 5 D. 43, 24 (въ прим. 2); ср. L. 1 D. 37, 3. L. 1 pr. D. 38, 9. L. 4 § 17 D. 40, 5.

[2]) L. 13 § 5 D. 43, 24. Ulp. 71 ed. Quaesitum est, si, cum praedium interim nullius esset, aliquid vi aut clam factum sit, an postea dominio ad aliquem devoluto interdicto locus sit: ut puta hereditas jacebat, postea adiit hereditatem Tititus, an ei interdictum (*scil.* quod vi aut clam) competat? et est apud Vivianum saepissime relatum heredi competere hoc interdictum ejus, quod ante aditam hereditatem factum sit, nec referre Labeo ait, quod non scierit, qui heredes futuri essent: hoc enim posse quem causari etiam post aditam hereditatem. *ne illud quidem obstare Labeo ait, quod eo tempore nemo dominus fuerit:* nam et sepulchri nemo dominus fuit et tamen, si quid in eo fiat, experiri possum quod vi aut clam. accedit his, quod hereditas dominae locum optinet. et recte dicetur heredi quoque competere et ceteris sucessoribus, sive ante, quam successerit, sive postea aliquid sit vi aut clam admissum. См. также L. 65 (64) D. 28, 5 Labeo ap. Javol. L. 9 D. 22, 2 Labeo.

[3]) L. 1 pr. D. 1, 8 (=Inst. 2, 9) Id vero, quod humani juris est, plerumque alicujus in bonis est, potest autem et nullius in bonis esse: nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt. — См. еще L. 43 D. 9, 2 Pomponius L. 1 pr. D. 38, 9 Ulpianus L. 6 D 47, 19 Paulus 1 ad Neratium. Si rem hereditariam, ignorans in ea causa esse, subripuisti, furtum te facere respondit *Paulus:* rei hereditariae furtum non fit, sicut nec ejus, quae sine domino est, et nihil mutat existimatio subripientis.

[4]) Gai 2, 52—58 *Dernburg* III, § 61, пр. 5.

шенные относительно наслѣдственной массы, не вели къ возникновенію исковъ о возмѣщеніи убытковъ или объ уплатѣ штрафа, такъ какъ не было потерпѣвшаго собственника. — Въ классическую эпоху, однако, такое положеніе стало казаться несправедливымъ: юристы стремились лишить почвы usucapio hereditatis и найти основаніе для того, чтобы деликтныя нападенія на наслѣдство, совершенныя во время его лежанія, и сдѣлки, заключенныя въ этотъ промежутокъ времени наслѣдственными рабами, не оставались безъ послѣдствій. Соотвѣтственно этому появляются двѣ новыхъ конструкціи. Согласно одной (которой держались юристы Кассій [5]), Цельзъ [6]), Флорентинъ [7]) для регулированія указанныхъ отношеній необходимо допустить *фикцію*; когда бы наслѣдникъ не принялъ наслѣдство, онъ считается принявшимъ его уже въ моментъ смерти наслѣдодателя. Heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intellegitur (L. 54 D. 29, 2). Изъ этого положенія вытекали практическіе выводы: рѣшено было, что рабъ, принадлежащій къ hereditas jacens, можетъ заключать стипуляціи на имя будущаго наслѣдника, и что, если послѣдній приметъ наслѣдство, эти стипуляціи получатъ силу, какъ будто уже въ моментъ ихъ заключенія наслѣдникъ былъ собственникомъ раба [8]). Но этого предположенія было недостаточно для достиженія указанной выше цѣли. При наличности упомянутой фикціи наслѣдство все-таки оставалось безхозяйнымъ и лишь въ моментъ принятія его будущимъ наслѣдникомъ получало хозяина на предшествующее время. Личность этого будущаго хозяина оставалось неизвѣстной до принятія наслѣдства (призванное къ наслѣдству лицо могло не принять наслѣдства, и наслѣдство могло открыться другому лицу). Поэтому указанное предположеніе не создавало почвы для рѣшенія нѣкоторыхъ важныхъ вопросовъ. Такъ, напр., извѣстно, что рабы могли пріобрѣтать господину имущественныя права, заключая такія сдѣлки, къ которымъ былъ правоспособенъ данный ихъ господинъ. Но такъ какъ личность будущаго наслѣдника неизвѣстна, то по ней нельзя опредѣлить, въ какомъ объемѣ могутъ дѣлать пріобрѣтенія изъ своихъ сдѣлокъ рабы лежачаго наслѣдства: вѣдь, еще неизвѣстно, въ какой мѣрѣ правоспособенъ будущій наслѣдникъ. Поэтому, рядомъ съ указаннымъ предположеніемъ, появляется еще одно положеніе, авторомъ котораго, повидимому, былъ знаменитый юристъ Юліанъ [9]); согласно этому положенію, hereditas jacens не есть безхозяйное имущество: *она представляетъ собою личность умершаго наслѣдодателя*: hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet [10]).

---

[5]) L. 28 § 4 D. 45, 3. Gajus 3 verb. obl. Illud quaesitum est, an heredi futuro servus hereditarius stipulari possit. Proculus negavit, quia is eo tempore extraneus est. Cassius respondit posse, quia qui postea heres extiterit, videtur ex mortis tempore defuncto successisse: quae ratio illo argumento commendatur, quod heredis familia ex mortis tempore funesta facta intellegitur, licet post aliquod tempus heres extiterit: manifestum igitur est servi stipulationem ei adquiri.

[6]) L. 193 D. 50, 17 Celsus 38 dig. Omnia fere jura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent. Ср. L. 13 § 2 D. 9, 2 Celsus ap. Ulp.

[7]) L. 54 D. 29, 2 (см. въ текстѣ). См. еще L. 138 pr. D. 50, 17 Paulus.

[8]) L. 28 § 4 D. 45, 3 (въ примѣч. 5). L. 18 § 2 D. eod. Papin. L. 35 D. eod. Modest. L. 27 § 10 D. 2, 14 Paulus.

[9]) L. 33 § 2 D. 41, 1. Ulp. 4 disp. Nam et condictio, quotiens servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires assumit, ut Juliano placet: cujus et valuit sententia testantis personam spectandam esse opinantis.

[10]) L. 34 D. 41, 1 Ulp. См. также L. 31 § 1 D. 28, 5 Gajus. L. 116 § 3 D. 30 Florentinus. § 2 J. 2, 14. Pr. J. 3, 17.

Личность умершаго, представляемая лежачимъ наслѣдствомъ, и является хозяиномъ наслѣдственныхъ вещей. Hereditas jacens, такимъ образомъ, приближается къ тому, что принято называть юридическимъ лицомъ: она есть субъектъ правъ [11]). Отсюда также дѣлались практическіе выводы. Съ этой точки зрѣнія рабы, принадлежащіе къ наслѣдству, несомнѣнно могутъ заключать сдѣлки, а также пріобрѣтать наслѣдство и легаты: всѣ эти сдѣлки будутъ считаться дѣйствительными, если умершій наслѣдодатель былъ правоспособенъ къ совершенію ихъ. Далѣе, такъ какъ лежачее наслѣдство перестало считаться за res nullius, то сдѣлалось возможнымъ признать отвѣтственность за поврежденіе вещей, входящихъ въ его составъ [12]). Иски по поводу посягательствъ на наслѣдственную массу, равно какъ и всѣ прочіе иски, возникшіе въ періодъ лежанія наслѣдства (напр., иски изъ сдѣлокъ, заключенныхъ рабами), пріобрѣтаются сперва лежачему наслѣдству, какъ представителю личности наслѣдодателя, а затѣмъ вмѣстѣ со всѣмъ наслѣдственнымъ имуществомъ въ моментъ вступленія въ наслѣдство пріобрѣтаются наслѣднику. — На почвѣ этого новаго направленія юридической мысли произошли *законодательныя* измѣненія въ правѣ лежачаго наслѣдства. Именно, сенатусконсультъ при Адріанѣ *отмѣнилъ* usucapio hereditatis, признавъ ее недѣйствительной по отношенію къ самому наслѣднику [13]). Слѣды этой особенной usucapio были вполнѣ уничтожены въ юстиніановомъ правѣ. Съ этихъ поръ наслѣдственныя вещи можно было узукапировать лишь согласно общимъ правиламъ о пріобрѣтательной давности (требовались titulus и bona fides). За расхищеніе лежачаго наслѣдства введено было *уголовное наказаніе* (crimen expilatae hereditatis [14]); раньше (подъ вліяніемъ представленія о томъ, что res hereditatis jacentis суть res nullius) всякое расхищеніе лежачаго наслѣдства было ненаказуемо. Понятіе furtum и впослѣдствіи, однако, считалось непримѣнимымъ къ hereditas jacens [15]).

II. Таково римское ученіе о hereditas jacens. Изъ сдѣланнаго очерка видно, что римскіе юристы не выработали руководящаго принципа для всего ученія, опредѣленной конструкціи понятія hereditas jacens. Въ развитомъ правѣ мы встрѣчаемъ еще положенія, основанныя на старомъ воззрѣніи о безхозяйности вещей лежачаго наслѣдства (напр., невозможность furtum), и нормы, выведенныя изъ двухъ новыхъ положеній: согласно одному изъ нихъ hereditas jacens представляетъ собою личность умершаго (см. прим. 9), а согласно другому—при пріобрѣтеніи наслѣдства допускалась фикція, что наслѣдникъ пріобрѣлъ его уже въ моментъ смерти наслѣдодателя (см. прим. 8).

Мы уже имѣли случай выразить *наше воззрѣніе* на существо hereditas

---

[11]) Hereditas jacens есть domina: L. 31 § 1 D. 28, 5 Gajus, L. 1 § 1 D. 47, 4 Ulp.; dominus: L. 13 § 2 D. 9, 2 Celsus ap. Ulp.; pro domino: L. 61 pr. D. 41, 1 Hermogenianus; domini loco: L. 15 pr. D. 11, 1 Pompon; L. 13 § 5 D. 43, 24 (въ примѣч. 2; начиная со словъ: „accedit his“ говоритъ самъ Ульпіанъ); personam dominae sustinet: L. 9 C. 4, 34 (293) г.); personae vice fungitur: L. 15 pr. D. 41, 3 Marcell. Ср. Paul. L. 22 D. 46, 1 Florentinus (см. Общ. ч. § 27, 1).

[12]) Для Лабеона L. 13 § 5 D. 43, 24 (въ прим. 2) и Помпонія L. 43 D. 9, 2, съ ихъ представленіемъ о hereditas jacens, какъ о res nullius, рѣшеніе этого вопроса было весьма затруднительно. См. также L. 6 D. 47, 19 (въ прим. 3).

[13]) Gai 2, 57.

[14]) L. 1 D. 47, 19. *Mommsen*, Strafrecht, стр. 777 сл.

[15]) Gai 3, 201. L. 69—71 D. 47, 2 L. 6 D. 47, 19 (см. прим. 3 и 12). L. 1 § 15 D. 47, 4 (о послѣднемъ текстѣ см. *Dernburg*, III § 61 пр. 4).

jacens (см. Общ. ч. § 11, III, 2 и § 28, IV). Мы полагаемъ, что права и обязанности, входящія въ составъ лежачаго наслѣдства, должны быть признаны не имѣющими субъекта. Противно реальному положенію вещей вымышлять для нихъ какого-либо субъекта въ видѣ, напр., будущаго наслѣдника, личность котораго неизвѣстна. Мы видѣли уже, что признаніе такого субъекта правъ даже не даетъ возможности опредѣлить, въ какомъ размѣрѣ могутъ дѣлать пріобрѣтенія для наслѣдства рабы, входящіе въ наслѣдственную массу. Слишкомъ искусственнымъ представляется намъ воззрѣніе [16]), согласно которому субъектомъ имущества является въ данномъ случаѣ имущественно-правовая личность наслѣдодателя, переживающая физическое существованіе послѣдняго. Нѣтъ основаній, далѣе, считать hereditas jacens за юридическое лицо [17]), ибо въ данномъ случаѣ нѣтъ соціальнаго организма, созданнаго для преслѣдованія какой-либо спеціальной цѣли. Hereditas jacens можетъ не имѣть никакихъ органовъ; единственная ея цѣль самосохраненіе. Но если это имущество и слѣдуетъ признать безсубъектнымъ, то это еще не значитъ, что право должно оставить его безъ всякой защиты. Такъ какъ для этого имущества въ непродолжительномъ времени ожидается субъектъ въ видѣ наслѣдника, то право, дорожа институтомъ наслѣдованія, должно признать, что права и обязанности, составляющія hereditas jacens, могутъ на время оставаться безъ субъекта и все-таки продолжать существовать; оно будетъ охранять ихъ отъ нарушенія посторонними лицами въ интересахъ будущаго субъекта; если это необходимо, можетъ быть допущено даже возникновеніе за этотъ промежутокъ времени новыхъ правъ и обязанностей (деликты противъ наслѣдственной массы; сдѣлки рабовъ), которыя также на время будутъ существовать безъ субъекта. Въ интересахъ практической пользы (utilitatis causa) объективное право должно на этотъ случай допустить исключеніе изъ общихъ принциповъ (ratio juris) и признать возможнымъ временное существованіе безсубъектныхъ правъ и обязанностей, чтобы сохранить эти права и обязанности для субъекта, имѣющаго появиться въ будущемъ. Руководясь соображеніями цѣлесообразности (utilitas), законодатель долженъ опредѣлить также объемъ правоспособности лежачаго наслѣдства.

Глава II. Призваніе къ наслѣдству по завѣщанію.

§ 5. Testamentum.

I. Подъ именемъ *testamentum* разумѣется *такое одностороннее распоряженіе на случай смерти, которое содержитъ въ себѣ назначеніе наслѣдника* (heredis institutio [1]). Назначеніе наслѣдника есть существеннѣйшая часть завѣщанія: если оно недѣйствительно, то теряютъ свою силу и всѣ прочія распоряженія, которыя содержатся въ завѣщаніи, за немногими исключеніями. Поэтому въ Институціяхъ Юстиніана мы читаемъ: Testamenta vim ex institutione heredum accipiunt [2]). Опредѣленіе Модестина, по которому „testa-

---

[16]) См. *Windscheid* § 531 пр. 12.
[17]) *Windscheid*, § 531, пр. 10.
[1]) L. 20 D. 29, 7. L. 14 C. 6, 23.
[2]) § 34 I. 2, 20.—L. 1 § 3 D. 28, 6.

mentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit“ [3]), должно быть признано неполнымъ, ибо не упоминаетъ объ этомъ важномъ признакѣ завѣщанія [4]).

II. Кромѣ назначенія наслѣдника, въ завѣщаніи могутъ заключаться и другія распоряженія на случай смерти: легаты и фидеикоммиссы, отпущеніе рабовъ на волю, назначеніе опекуновъ, распоряженія о погребеніи и т. д.

III. Testamentum есть строго *односторонній актъ:* оно содержитъ въ себѣ только изъявленіе воли самого завѣщателя. Согласіе наслѣдника или иныхъ лицъ, получающихъ что-либо по завѣщанію, съ содержаніемъ этого послѣдняго не требуется, и изъявленіе его, либо отказъ въ немъ, не имѣютъ значенія для дѣйствительности завѣщанія въ моментъ его совершенія.—Завѣщаніе, далѣе, есть актъ, который можетъ быть свободно отмѣненъ завѣщателемъ до самой смерти. Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum (Ulp. L. 4 D. 34, 4). Договоръ, ограничивающій свободу завѣщателя отмѣнить завѣщаніе, не имѣетъ силы [5]); не имѣетъ силы также односторонній отказъ завѣщателя въ самомъ завѣщаніи отъ этой свободы (clausula derogatoria [6]).

IV. Условіями для совершенія завѣщанія являются: 1) способность завѣщателя къ совершенію этого акта; 2) соблюденіе установленной закономъ формы завѣщанія; 3) надлежащее назначеніе наслѣдника въ завѣщаніи. Первымъ условіемъ мы займемся въ § 6, второму посвященъ будетъ § 7, третьему—§§ 8, 9 и 10.

§ 6. Testamenti factio activa.

I. Не всякое правоспособное лицо *способно совершать завѣщаніе.* Способность совершать завѣщаніе считается поэтому особымъ юридическимъ свойствомъ субъекта правъ и, какъ таковая, получаетъ названіе *testamenti factio activa* [1]). Наоборотъ, *testamenti factio passiva* есть способность быть назначеннымъ въ завѣщаніи наслѣдникомъ, a *testamenti factio* вообще есть способность какимъ бы то ни было образомъ участвовать въ составленіи завѣщанія, въ качествѣ ли завѣщателя, свидѣтеля или гонорированнаго лица [2]).

II. Завѣщатель долженъ обладать testamenti factio activa *въ моментъ совершенія завѣщанія* [3]). Въ моментъ смерти онъ можетъ ея уже не имѣть; утрата test. f. activa вредитъ лишь тогда, когда она наступила въ силу capitis deminutio (см. ниже § 11, II, b. 1).

III. Слѣдующія лица не имѣютъ testamenti factio activa: 1) Перегрины, не имѣющіе commercium; они могутъ совершать завѣщанія лишь по праву своей civitas, если это право знаетъ завѣщаніе [4]). 2) Подвластныя дѣти мо-

---

[3]) L. 1 D. 28, 1.

[4]) Попытка объяснить происхожденіе этого опредѣленія у *Dernburg*, т. III § 66 пр. 1.

[5]) L. 61 D. 45, 1. L. 4 C. 8, 38 (39).

[6]) L. 22 pr. D. 32 cf. L. 6 § 2 D. 29, 7.

[1]) L. 1 § 1 D. 27, 3. L. 1 pr. D. 29, 1. L. 4 D. 28, 1. L. 1 § 8 D. 37, 11.

[2]) L. 16 D. 28, 1. § 6 I. 2, 10.

[3]) L. 19. D. 28, 1.

[4]) Ulp. 20, 14. L. 8 § 1—2 D. 28, 1. L. 1 § 2 D. 32.

гутъ совершать завѣщанія лишь относительно peculium castrense и quasi castrense [5]), но не относительно bona adventicia [6]). 3) Не могутъ совершать завѣщаній рабы [7]). 4) Нѣкоторыя лица въ наказаніе лишены способности дѣлать завѣщанія, напр., лица, осужденныя за пасквиль (Общ. ч. § 24 п. 6), вѣроотступники и нѣкоторые еретики [8]). 5) Impuberes [9]), furiosi [10]), prodigi [11]) не могутъ совершать завѣщанія даже при участіи опекуна или попечителя. Напротивъ, minores XXV annis могутъ совершать завѣщанія, не нуждаясь даже въ consensus curatoris. 6) Глухонѣмые отъ природы лишены testamenti factio activa [12]). Не могутъ совершать завѣщанія вообще тѣ лица, которыя по природнымъ недостаткамъ неспособны выразить свою волю въ предписанной закономъ формѣ (напр., нѣмые не могутъ совершать устнаго завѣщанія [13]).

IV. Завѣщатель *не долженъ сомнѣваться* въ наличности у него testamenti factio activa: всякое сомнѣніе относительно этого въ моментъ совершенія завѣщаніи дѣлаетъ завѣщаніе ничтожнымъ [14]).

§ 7. Форма завѣщанія.

I. Завѣщаніе—актъ очень важный по своему содержанію: при совершеніи подобныхъ актовъ требуется соблюденіе извѣстной формы, чтобы впослѣдствіи не могло возникнуть спора, является ли актъ вполнѣ законченнымъ, или только проектомъ, не доведеннымъ до конца. Соблюденіе всѣхъ формальностей служитъ доказательствомъ зрѣлой, опредѣлившейся воли лица, совершившаго актъ; если же формальности не соблюдены, то можно предположить, что и воля окончательно еще не сложилась. Кромѣ того, нѣкоторыя формальности по своему характеру могутъ имѣть еще другое значеніе: онѣ обезпечиваютъ возможность доказать въ будущемъ совершеніе акта; таковы: письменная форма, привлеченіе свидѣтелей (ср. Общ. ч. § 38).

Особенное значеніе имѣетъ предписанная форма при такомъ актѣ, какъ завѣщаніе, въ виду того, что этотъ актъ приводится въ исполненіе тогда, когда его составитель уже не находится въ живыхъ. Тутъ особенно важно, чтобы составитель акта ясно показалъ, серьезную ли волю онъ выразилъ въ своихъ предсмертныхъ распоряженіяхъ, и позаботился о томъ, чтобы самый фактъ совершенія этихъ распоряженій и ихъ точное содержаніе можно было легко доказать по его смерти.

Въ виду этого, римское право всегда требовало соблюденія извѣстной формы для дѣйствительности завѣщанія. Разумѣется, если предписанная форма слишкомъ сложна, то это ведетъ къ другому неудобству: иногда вполнѣ

---

5) L. 26 § 1 D. 29, 1. Pr. I. 2, 12.
6) L. 11 C. 6, 22. L. 8 § 5 C. 6, 61.
7) Ulp. 20, 16. L. 1 § 4 D. 28, 1. Servi publici могутъ завѣщовать половину своего пекулія.
8) L. 3 C. 1, 7. L. 4 § 5 C. 1, 5. Nov. 115 c. 3 § 14.
9) Gai 2, 113. L. 5 D. 28, 1. L. 4 C. 6, 22. § 1 I. 2, 12.
10) L. 2. 17 D. 28, 1. L. 3. 9 C. 6, 22.
11) L. 18 pr. D. 28, 1. § 2 I. 2, 12.
12) L. 10 C. 6, 22. § 3 I. 2, 12. О современномъ значеніи этого положенія Юстиніана см. *Windscheid* § 539 пр. 7.
13) L. 29 § 2 C. 6, 23.
14) L. 14. 15 D. 28, 1. L. 11 § 1 D. 29, 1. L. 1 pr. D. 32.

серьезная воля не получитъ значенія за невозможностью соблюсти всѣ необходимыя формальности, а воля, уже измѣнившаяся, сохранитъ значеніе, потому что отмѣняющій ее актъ недѣйствителенъ по несоблюденію формы. Законодатель долженъ найти средній путь; онъ не долженъ слишкомъ осложнять формальности обыкновеннаго завѣщанія и въ особыхъ случаяхъ долженъ допускать ослабленіе этихъ формальностей.

II. Въ юстиніановомъ правѣ [1]) мы имѣемъ *два вида завѣщаній*, смотря по характеру формальностей, которыя при нихъ соблюдаются, а именно: частныя и публичныя завѣщанія.

1. *Частныя завѣщанія.* Такъ называются тѣ завѣщанія, которыя совершаются безъ участія органовъ публичной власти. Нужно различать обыкновенную форму такихъ завѣщаній и особенную, которая примѣнялась при нѣкоторыхъ исключительныхъ обстоятельствахъ.

A. *Обыкновенное* частное завѣщаніе совершалось *устно или письменно въ присутствіи 7 свидѣтелей.* Свидѣтели эти должны быть особо приглашены къ участію въ совершеніи завѣщанія именно въ качествѣ свидѣтелей (testes rogati [2]); они должны добровольно согласиться на это участіе (testes voluntarii [3]) и должны быть способны къ этому участію въ моментъ совершенія завѣщанія (testes idonei [4]). *Неспособны быть свидѣтелями* [5]) многіе разряды лицъ: 1) Перегрины и рабы [6]). 2) Лица, лишенныя этого права по суду, какъ-то за пасквиль, (intestabiles; см. Общ. ч. § 24, VI), за прелюбодѣяніе [7]) и за вымогательство [8]), а также лишенныя гражданской чести (infames [9]). 3) Женщины [10]). 4) Лица, неспособныя быть свидѣтелями въ силу физическихъ и душевныхъ пороковъ: (impuberes, furiosi, prodigi, глухіе, нѣмые [11]). 5) Подвластныя дѣти завѣщателя [12]). 6). Лицо, назначенное въ завѣщаніи наслѣдникомъ, и лица, соединенныя съ нимъ отеческой властью (его подвластные, домовладыка, его братья и сестры, находящіеся вмѣстѣ съ нимъ подъ одною властью [13]).

При совершеніи завѣщанія необходимо соблюденіе *unitas actus*, т.-е. совершенія завѣщанія въ одинъ пріемъ и въ одномъ мѣстѣ; оно должно быть доведено до конца безъ перерывовъ [14]); допускаются лишь небольшіе пере-

---

[1]) Исторію римскаго завѣщанія см. у *Dernburg* III § 69. *Girard* стр. 797 Ср. *Accarias* I § 321.

[2]) L. 21 § 2 D. 28, 1.

[3]) L. 20 § 10 D. 28, 1.

[4]) L. 22 § 1 D. 28, 1.

[5]) О значеніи извинительнаго заблужденія въ этомъ случаѣ см. § 7 I. 2, 10. L. 1 C. 6, 23 и къ этому *Windscheid* § 542 пр. 16. Ср. *Баронъ* § 393 пр. 18.

[6]) § 6 I. 2, 10.

[7]) L. 14 D. 22, 5.

[8]) L. 15 pr. D. 22, 5; ср. впрочемъ L. 20 § 5 D. 28, 1.

[9]) Nov. 90 c. 1.

[10]) § 6 I. 2, 10.

[11]) L. 18 L. 20 § 4 D. 28, 1. § 5. 6 I. 2, 10. Слѣпые—только при составленіи письменнаго завѣщанія.

[12]) § 9 I. 2, 10. Можетъ ли домовладыка быть свидѣтелемъ при завѣщаніи подвластнаго о peculium castrense и quasi castrense? L. 20 § 2 D. 28, 1 cf. § 9 I. 2, 10. Gai 2, 106. *Windscheid* § 542 пр. 10: можетъ.

[13]) L. 20 pr. D. 28, 1. § 10 I. 2, 10.

[14]) L. 21 § 3 D. 28, 1. L. 21 C. 6, 23. § 3 I. 2, 10.

рывы по естественнымъ надобностямъ завѣщателя или свидѣтелей [15]); въ случаѣ значительнаго перерыва актъ долженъ быть возобновленъ съ начала.

Самое совершеніе завѣщанія сводится къ слѣдующему. 1) Если завѣщаніе—устное (testamentum nuncupativum), то завѣщатель долженъ изъявить свою волю на словахъ или знаками, такъ чтобы свидѣтели слышали его и понимали [16]). Иногда о такомъ завѣщаніи для лучшаго доказательства его содержанія составляется документъ; такъ какъ документъ здѣсь есть лишь средство доказательства, а самое завѣщаніе по формѣ остается устнымъ, то отъ этого документа не требуется соблюденія формы письменнаго завѣщанія (testamentum nuncupativum in scripturam redactum). 2) Если завѣщаніе было *письменное* [17])—testamentum tripartitum, то требуется, чтобы документъ былъ или весь написанъ рукою завѣщателя съ отмѣткою въ текстѣ объ этомъ: тогда особая подпись завѣщателя не нужна (testam. holographum [18]); или же оно должно быть подписано завѣщателемъ (test. allographum). Этотъ документъ завѣщатель предъявляетъ свидѣтелямъ, какъ свое завѣщаніе; свидѣтели должны его подписать (subscriptio [19]). Затѣмъ таблицы завѣшанія завязывались и запечатывались печатями всѣхъ свидѣтелей, при чемъ каждый еще разъ около своей печати подписывалъ свое имя (superscriptio [20]).

B. *Особенныя формы* частнаго завѣщанія были или осложненныя, или упрощенныя. a) *Осложнена* была форма въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) Для завѣщанія *слѣпого*. Кромѣ 7 свидѣтелей долженъ присутствовать нотаріусъ, или 8-й свидѣтель; кромѣ того, соединялись вмѣстѣ формальности устнаго и письменнаго завѣщанія: должно быть составлено письменное завѣщаніе съ соблюденіемъ всѣхъ формальностей и прочитано подписывающимъ его свидѣтелямъ [21]).—2) Если письменное завѣщаніе составляетъ лицо, *которое по болѣзни или неграмотности не можетъ писать*, то *восьмой* свидѣтель долженъ былъ подписать завѣщаніе вмѣсто завѣщателя (subscriptor — рукоприкладчикъ) [22]).—b) *Упрощена* была форма слѣдующихъ завѣщаній. 1) *Testamentum militare*, т.-е. завѣщаніе, составленное солдатомъ; Юстиніанъ ограничилъ право солдатъ составлять такія завѣщанія временемъ похода [23]). Отъ этого завѣщанія не требовалось никакой формы; достаточно было серьезнаго изъявленія воли, которое можно было доказать любымъ путемъ [24]). Кромѣ того, завѣщаніе солдатъ и по содержанію обсуждалось свободнѣе: къ нему не примѣнялись извѣстныя намъ правила: semel heres semper heres [25]) и nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest [26]), а также lex Falcidia [27]) и вообще т. наз. формальныя и матеріальныя ограниченія свободы

---

15) L. 28 C. 6, 23.

16) L. 21. § 4. L. 26. 29 C. 6, 23. L. 21 pr. L. 25 D. 28, 1. § 14 I 2, 10.

17) Testamentum tripertitum, въ виду § 3 I. 2, 10. См. о немъ подробно у *Girard* стр. 809 сл. *Accarias* I стр. 852 сл.

18) L. 28 § 6 C. 6, 23.

19) § 3 I. 2. 10.

20) L. 22 § 2—7. L. 30 D. 28, 1. L. 12. 21 C. 6, 23. § 5 I. 2, 10.

21) L. 8 C. 6, 22.

22) L. 21 pr L. 28 § 1 C. 6, 23.

23) pr. I. 2, 11. L. 17 C. 6, 21.

24) pr. I. 2, 11. L. 1 pr. D. 29, 1.

25) L. 15 § 4. L. 41 pr. D. 29, 1.

26) L. 6. L. 19 pr. L. 37 D. 29, 1.

27) L. 12 C. 6, 21.

завѣщаній (ниже § 15, I). Это завѣщаніе было дѣйствительно, если солдатъ умеръ на военной службѣ, а въ случаѣ почетной отставки — до истеченія года со времени отставки [28]). — 2) *Testamentum pestis tempore conditum* [29]). Во время господства какой-либо эпидеміи въ мѣстѣ совершенія завѣщанія свидѣтели могутъ не собираться, а переговорить съ завѣщателемъ каждый отдѣльно. 3) *Testamentum ruri conditum* [30]). Въ деревнѣ въ случаѣ необходимости можно ограничиться 5-ю свидѣтелями, причемъ письменное завѣщаніе грамотные свидѣтели подписываютъ за неграмотныхъ; въ этомъ случаѣ требуется, чтобы свидѣтели были знакомы съ содержаніемъ завѣщанія. 4) *Testamentum parentum inter liberos.* Если въ завѣщаніи восходящій родственникъ назначаетъ наслѣдниками своихъ нисходящихъ, то не требуется свидѣтелей: достаточно, чтобы завѣщатель собственноручно вписалъ въ документъ имена наслѣдниковъ, ихъ доли въ наслѣдствѣ (прописью, но не только цифрами) и поставить дату. Но, чтобы оставить въ немъ легаты постороннимъ лицамъ, нужно привлечь 5 свидѣтелей [31]). — Слѣдуетъ отличать отъ этого завѣщанія такъ наз. *divisio parentum inter liberos:* здѣсь завѣщатель не назначаетъ ни наслѣдниковъ, ни долей наслѣдства, а только распредѣляетъ между своими нисходящими, которые являются его наслѣдниками по закону или по завѣщанію, извѣстныя вещи изъ наслѣдственной массы; въ этомъ случаѣ требуется только документъ, подписанный самимъ восходящимъ или же всѣми нисходящими [32]).

2. *Публичныя завѣщанія.* Такъ называются завѣщанія, составленныя при участіи органа публичной власти. Юстиніаново право знаетъ два вида такихъ завѣщаній: a) *Testamentum apud acta conditum.* Это завѣщаніе совершается путемъ занесенія изъявленія воли въ протоколъ суда или нѣкоторыхъ муниципальныхъ магистратовъ [33]). b) *Testamentum principi oblatum* [34]); это завѣщаніе совершается путемъ передачи императору на храненіе письменнаго документа, содержащаго завѣщательныя распоряженія.

§ 8. **Назначеніе наслѣдника** (institutio heredis).

1. *Условія его дѣйствительности.*

Выше было указано (§ 7), что назначеніе наслѣдника является существеннымъ элементомъ завѣщанія; при недѣйствительности назначенія наслѣдника уничтожается все завѣщаніе, за исключеніемъ лишь немногихъ распоряженій. Въ настоящемъ параграфѣ мы должны познакомиться съ условіями дѣйствительной institutio heredis. Намъ необходимо коснуться: 1) вопроса о волѣ завѣщателя и ея выраженіи во внѣ; 2) вопроса о способности избраннаго завѣщателемъ лица быть наслѣдникомъ (testamenti factio passiva и са-

---

28) L. 21. 26 D. 29, 1. L. 5 C. 6, 21. § 3 I. 2, 11.

29) L. 8 C. 6, 23. Содержаніе этой конституціи спорно; см. разныя мнѣнія у *Windscheid* § 544 пр. 7. *Dernburg* III § 72 пр. 3. *Баронъ* § 394.

30) L. 31 C. 6, 23.

31) L. 21 § 3 C. 6, 23. Nov. 107 c. 1. 2.

32) L. 20 § 3 D. 10, 2. L. 16. 21 C. 3, 36. Nov. 18 c. 7. Nov. 107 c. 3.

33) L. 17. 19. C. 6, 23. *Girard* стр. 811 пр. 1.

34) L. 19. C. 6, 23.

pacitas); 3) вопроса о значеніи разнаго рода дополнительныхъ распоряженій при institutio heredis (условій, срока и т. п.).

I. *Воля завѣщателя и ея выраженіе во внѣ.* Gai 2, 229: Testamenta vim ex institutione heredum accipiunt et ob id velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio.—По классическому праву назначеніе наслѣдника должно было быть помѣщено въ самомъ началѣ акта и должно было быть сдѣлано certis verbis: Titius heres esto или: T. heredem esse jubeo. Эти условія отпали, однако, въ позднѣйшемъ правѣ. Въ Юстиніановомъ правѣ не требуется болѣе соблюденія какой-либо *формы* [1]).

Назначеніе наслѣдника должно содержать въ себѣ дѣйствительную волю самого завѣщателя. Поэтому не считается дѣйствительнымъ завѣщаніе, *въ которомъ опредѣленіе наслѣдниковъ предоставляется третьему лицу* (illi heredes mihi sunto, quos Titius voluerit [2]). Допустимо ли назначеніе наслѣдника *подъ условіемъ, что его назначеніе будетъ одобрено третьимъ лицомъ* (Sempronius heres esto, si Titius voluerit), было спорно. Вообще классическіе юристы считали ничтожнымъ такое назначеніе, но они допускали обходъ этого правила, такъ какъ признавали возможнымъ назначать наслѣдниковъ подъ условіемъ, что третье лицо предприметъ какое-либо вполнѣ зависящее отъ его воли дѣйствіе; напр., „Sempronius heres esto, si Titius in Capitolium ascenderit" [3]). Слѣдовательно, какъ правильно замѣчаетъ Дернбургъ [4]), все зависило отъ того, какъ формулировано распоряженіе: оно дѣйствительно, если будетъ выражено такъ: Гай пусть будетъ наслѣдникомъ, если Тицій скажетъ „да". Поэтому Ульпіанъ призналъ, что дѣйствительны и тѣ назначенія наслѣдниковъ, которыя сдѣланы подъ условіемъ „si Titius voluerit" [5]).

Содержаніе воли должно быть вполнѣ *опредѣленное;* ничтожно распоряженіе, изъ котораго нельзя заключить съ увѣренностью, кого именно завѣщатель хотѣлъ назначить своимъ наслѣдникомъ [6]). Но неточности и ошибки, которыя не лишаютъ возможности, при помощи толкованія, точно опредѣлить личность наслѣдника, не вредятъ назначенію наслѣдника: не вредитъ напр., невѣрное обозначеніе степени родства лица, вполнѣ опредѣленно обозначеннаго его собственнымъ именемъ. Это правило выражается афоризмомъ: „falsa demonstratio non nocet" [7]). Необходимо только, чтобы было ясно выражено намѣреніе назначить извѣстное лицо универсальнымъ преемникомъ, хотя бы слово heres не было употреблено въ завѣщаніи [8]).

Назначеніе наслѣдника не должно быть *безнравственно* или преслѣдовать безнравственныя цѣли. Поэтому ничтожно т. наз. *каптаторное* назначеніе наслѣдника, т.-е. назначеніе наслѣдника подъ условіемъ, что назначенное лицо или третье лицо въ свою очередь назначатъ завѣщателя или третье лицо наслѣдникомъ: безнравственнымъ считалось пользоваться назначеніемъ

---

[1]) L. 15 (339 г.) L. 21 § 6 (439 г.). C. 6, 23.
[2]) L. 32 pr. D. 28, 5.
[3]) L. 69 (68) D. 28, 5. Pomponius. L. 52 D. 35, 1 Modestinus.
[4]) Pandekten III § 76 пр. 6.
[5]) L. 1 pr. D. 31. L. 43 § 2. D. 30. L. 46 § 2 D. 40, 5.
[6]) L. 63 (62) § 1 D. 28, 5. L. 2 D. 34, 8. L. 73 § 3. D. 50, 17.
[7]) L. 33 pr. D. 35, 1. L. 48 § 3. D. 28, 5. § 29. 30. J. 2, 20 cp. L. 17 pr. § 1. D. 35, 1.
[8]) L. 15 C. 6, 23.

наслѣдника для того, чтобы этимъ путемъ пріобрѣсти какое-либо имущество себѣ или третьему лицу [9]). Ничтожно было также назначеніе императора наслѣдникомъ litis causa, т.-е. для того, чтобы замѣнить себя въ начатомъ процессѣ сильнѣйшимъ преемникомъ [10]).

Наконецъ, назначеніе наслѣдника не должно быть сдѣлано подъ вліяніемъ существеннаго *заблужденія* (error), *обмана* (dolus) и *принужденія* (metus). Что касается *заблужденія* [11]), то для завѣщанія имѣло значеніе даже т. наз. заблужденіе въ мотивахъ, которое въ сдѣлкахъ inter vivos не принимается во вниманіе (см. Общ. ч. § 40). Если окажется, что, не будь заблужденія въ мотивахъ, завѣщатель не сдѣлалъ бы распоряженія (напр., Тицій назначенъ наслѣдникомъ только потому, что завѣщатель ошибочно считалъ его своимъ сыномъ), то назначенное лицо не можетъ получить bon. poss. secundum tabulas, и наслѣдство переходитъ къ тому, кому оно досталось бы при отсутствіи заблужденія у завѣщателя [12]); если же такихъ лицъ не было, то наслѣдство отнималось у назначеннаго наслѣдника, какъ у indignus, и передавалось фиску [13]).—Если завѣщатель *силою, угрозами* (metus) или *обманомъ* (dolus) былъ *удержанъ* отъ совершенія или измѣненія завѣщанія, то виновное лицо, въ случаѣ призванія къ наслѣдству, теряетъ свою часть, какъ indignus, въ пользу фиска, который долженъ выплатить легаты, возложенные въ завѣщаніи на это лицо [14]).—Если, наоборотъ, *назначеніе наслѣдника* въ завѣщаніи явилось слѣдствіемъ принужденія (metus), то назначенный наслѣдникъ не получалъ bonorum possessio; bonorum possessio давалась тѣмъ лицамъ, которыя были бы призваны, не будь акта принужденія [15])—Чтобы предупредить мошенничество при составленіи завѣщаній, *Sctum Libonianum* (a. u. c. 769) постановило, что переписчикъ завѣщанія (или кодицилла) подвергается наказанію (по lex Cornelia de falsis), если въ написанномъ имъ завѣщаніи отказано что-либо въ видѣ heredis institutio, или легата ему самому или его подвластнымъ [16]). Юриспруденція вывела отсюда, что подобное распоряженіе само должно считаться ничтожнымъ [17]). Это правило не примѣнялось только тогда, когда переписчикъ былъ въ то же время единственнымъ наслѣдникомъ завѣщателя ab intestato [18]), или когда завѣщатель собственноручно подтвердилъ въ завѣщаніи распоряженія, сдѣланныя въ пользу переписчика [19]).

II. *Способность быть наслѣдникомъ.* Здѣсь слѣдуетъ различать два условія: способность быть *назначеннымъ* наслѣдникомъ въ завѣщаніи — *testamenti factio passiva* — и способность *пріобрѣтать* что-либо по завѣща-

---

[9]) L. 71 (70). L. 72 (71). L. 82 (81) § 1 D. 28, 5. L. 1. D. 34, 8. Тоже относится и къ легатамъ L. 64 D. 30.

[10]) L. 92 (91) D. 28, 5. § 8 (7). J. 2, 17. — Еще одинъ случай см. въ § 28. J. 2, 20. L. 9 § 1. 3. 4 D. 28, 2.— Относительно т. наз. l. poenae nomine relicta см. § 36 J. 2, 20 L. 1. C. 6. 41.

[11]) L. 9 pr. § 1 D. 28, 5.

[12]) L. 93 (92). D. 28, 5 (напечатанъ въ Общ. ч. § 40 пр. 3). L. 28. D. 5, 2., Легаты остаются въ силѣ.

[13]) L. 46 pr. D. 49, 14. L. 4 C. 6, 24.

[14]) L. 1 § 2. L. 2 D. 29, 6. L. 19 D. 34, 9. L. 3 § 5. D. 36, 1. *Windscheid*, § 548, пр. 9.

[15]) L. 1 C. 6, 34. *Windscheid*, § 548, 1. *Dernburg* III § 80 пр. 5.

[16]) Dig. 48, 10. Cod. 9, 23.

[17]) L. 1 pr. D. 34, 8.

[18]) L. 1 C. 9, 23.

[19]) L. 1 § 8. L. 14 pr. L. 15 § 1—3. D. 48, 10. L. 2. 6. C. 9, 23.

нію—*capacitas*. A) *Testamenti factio passiva*. Эта способность должна быть налицо въ моментъ совершенія завѣщанія, въ моментъ смерти наслѣдодателя или наступленія условія назначенія, и въ теченіе времени между delatio и adquisitio hereditatis [20]). Назначеніе лица, не имѣющаго testamenti factio passiva въ моментъ совершенія завѣщанія, ничтожно [21]) и не дѣлается дѣйствительнымъ, если назначенное лицо впослѣдствіи станетъ способнымъ быть наслѣдникомъ по завѣщанію. По общему правилу не имѣютъ testamenti factio passiva лица, которыя вообще не могутъ быть призываемы къ наслѣдству (см. выше § 3, II въ концѣ). Въ частности не могли быть назначены *женщины* согласно lex Voconia лицами перваго класса по цензу. Это правило утратило силу съ исчезновеніемъ ценза [22]). Не могли назначаться, затѣмъ, *personae incertae*, т.-е. postumi и юридическія лица. По отношенію къ postumi sui это ограниченіе отпало уже по jus civile, а преторъ сталъ давать bon. poss. secundum tabulas и въ пользу postumi alieni. Юридическія лица пріобрѣли право быть наслѣдниками въ широкихъ размѣрахъ въ христіанскую эпоху, въ частности въ силу конституціи Юстиніана „de incertis personis" [23]). *Рабы* могли назначаться наслѣдниками, но рабы самого завѣщателя только—cum. libertate.

B) *Capacitas*. Нѣкоторыя лица, хоть имѣли test. factio passiva, не могли, однако, пріобрѣтать оставленное имъ въ завѣщаніи наслѣдство вполнѣ или отчасти. Такія лица назывались incapaces. Въ отличіе отъ testamenti actio passiva, capacitas требуется во время призванія къ наслѣдству и до пріобрѣтенія наслѣдства, но не во время совершенія завѣщанія [24]); она требуется притомъ лишь въ случаѣ, когда назначенное въ завѣщаніи лицо получаетъ какую-либо выгоду отъ этого назначенія (слѣдовательно, ея отсутствіе не вредитъ, если наслѣдство несостоятельно, или если оно должно быть выдано наслѣдникомъ другому лицу [25]).—Рядъ лицъ былъ лишенъ jus capiendi по lex Iulia (736 г.) et Papia Poppaea (762 г.). Согласно этимъ законамъ [26]) холостые мужчины отъ 25—60 лѣтъ, и незамужнія женщины отъ 25—50 лѣтъ—т. наз. coelibes—ничего не могли получить по завѣщанію лицъ, съ которыми они не стояли въ родствѣ въ первыхъ 6 (7) степеняхъ или въ ближайшемъ свойствѣ (personae exceptae), если не вступали въ бракъ въ теченіе 100 дней послѣ delatio; бездѣтные же мужчины — orbi — и женщины, не имѣющія узаконеннаго числа дѣтей (3--4), могли получать лишь $^1/_2$ оставленнаго имъ въ завѣщаніи имущества; сверхъ того, частичная incapacitas относительно другъ друга установлена для супруговъ, не имѣющихъ въ живыхъ дѣтей отъ своего брака. Часть наслѣдства, не полученная этими лицами, называлась caducum и переходила къ наслѣдникамъ или легатаріямъ имѣвшимъ дѣтей и назначеннымъ въ томъ же завѣщаніи (heredes patres, legatarii patres),

---

[20]) L. 50 (49) § 1. D. 28, 5. § 4. J. 2, 19. Cp. L. 6 § 2. L. 51 pr. L. 60 § 4. D. 28, 5.

[21]) За исключеніемъ testamentum militare L. 13 § 2. D. 29, 1. L. 5. C. 6, 21.

[22]) *Girard* стр. 816

[23]) Gai 2, 238. 242. 287. Ulp. 22, 4; 24, 18. §§ 25—28. J. 2, 20. L. 1. C. 6, 48.—О юридическихъ лицахъ см. выше § 3, II пр. 9, 10.—Вообще о personae incertae см. *Girard* стр. 817 Ср. *Шулинъ*, § 96, 102. *Баронъ*, § 398, I. *Windscheid*, § 547 пр. 2. О способности *рабовъ* быть назначенными наслѣдниками см. *Girard* стр. 818 сл.

[24]) L. 52. D. 31. L. 11 D. 28, 6. L. 82. D. 29, 2. Cf. Ulp. 17, 1; 22, 3. *Accarias* I, § 336. *Windscheid* § 550 пр. 3. *Vangerow*, § 429, пр. 1.

[25]) L. 73 (72) D. 28, 5. L. 42. D. 31. L. 28. D. 32.

[26]) См. о нихъ *Girard* стр. 871 сл. *Баронъ* § 398, II, 1. *Хвостовъ*, Ист. рим. пр. § 63, III.

а за неимѣніемъ ихъ — къ фиску [27]). Постановленія legis Iuliae et Papiae отмѣнены были Константиномъ Великимъ и Θеодосіемъ II [28]). Равнымъ образомъ, потеряла значеніе ко времени Юстиніана incapacitas, установленная для latini Iuniani [29]), такъ какъ Юстиніанъ отмѣнилъ самое состояніе латинской свободы (Общ. ч. § 22, III). Въ юстиніановомъ правѣ существуютъ слѣдующіе случаи отсутствія capacitas. 1) Если лицо, имѣющее дѣтей отъ перваго брака, вступило во второй бракъ (т. наз. parens binubus), то по его завѣщанію второй его супругъ не могъ получить болѣе, чѣмъ наименѣе одѣленное дитя отъ перваго брака; излишне оставленное дѣлилось поровну между дѣтьми отъ перваго брака (см. Сем. пр. § 12 II, 1, b). 2) Если вдова слишкомъ рано вступила во второй бракъ, то она могла оставить второму мужу не болѣе $^1/_3$ имущества (Сем. пр. § 12 II, 2, b). 3) Имѣя дѣтей отъ законнаго брака, нельзя оставлять конкубинѣ и дѣтямъ отъ нея болѣе $^1/_{12}$ имущества всѣмъ вмѣстѣ, и болѣе $^1/_{24}$ одной конкубинѣ [30]). 4) Лишены capacitas (по закону Домиціана) т. наз. feminae probrosae (актрисы, проститутки) [31]).

III. *Побочныя оговорки при heredis institutio.* Намъ остается познакомиться съ тѣмъ, какъ вліяетъ на назначеніе наслѣдника прибавленіе къ нему условій, срока и modus'а. 1) *Резолютивныя* условія не могутъ быть прибавлены къ institutio heredis, ибо противны правилу: semel heres semper heres. Поэтому они считаются неписанными (см. Общ. ч. § 41, V, 3). Только въ testamentum militis они имѣютъ значеніе: къ нимъ не примѣняется правило semel heres semper heres, а при наступленіи условія наслѣдство переходитъ къ субституту, если онъ назначенъ (см. о субститутѣ ниже § 10), или къ наслѣдникамъ ab intestato [32]).—*Суспензивныя условія* могутъ быть прибавлены къ institutio heredis. Но если эти условія являются недозволенными или невозможными, то они не дѣлаютъ назначенія наслѣдника ничтожнымъ, а считаются неписанными (см. Общ. ч. § 41, I, 2, c.). Другая особенность условій въ завѣщаніяхъ состоитъ въ томъ, что condiciones mixtae въ завѣщаніяхъ иногда считаются наступившими, хотя на самомъ дѣлѣ не наступили (см. Общ. ч. § 41, IV, 2 и 3).

Дѣйствіе дозволеннаго суспензивнаго условія при institutio heredis состоитъ въ томъ, что открытіе наслѣдства для условно назначеннаго наслѣдника отлагается до наступленія условія [33]); наслѣдникъ долженъ пережить этотъ моментъ и имѣть при его наступленіи testamenti factio passiva [34]). Впрочемъ, по *преторскому эдикту* наслѣдникъ можетъ и до наступленія условія испросить временную bonorum possessio (см. § 20 IV ниже), но обязанъ въ такомъ случаѣ представить обезпеченіе (cautio) въ томъ, что если условіе не наступитъ, онъ выдастъ наслѣдство со всѣми плодами тѣмъ лицамъ, къ которымъ наслѣдство должно перейти при ненаступленіи условія, т.-е. субститутамъ (см. § 10 ниже), сонаслѣдникамъ (въ силу jus accrescendi) или наслѣдникамъ ab intestato [35]).

27) Gai 2, 111, 206—207, 286. Ulp. 15—17; 22, 3.
28) L. 1 (320 г.). L. 2 (410 г.). C. 8, 57 (58). L. 1 C. 6, 51.
29) Gai 1, 23, 24. Ulp. 17, 1.
30) Nov. 89 c. 12. Излишне оставленное поступаетъ въ пользу законныхъ дѣтей.
31) Sueton. Domit. 8. L. 41 § 1. D. 29, 1. L. 23 § 3. C. 5, 4.
32) L. 15 § 4 D. 29, 1.
33) L. 3, 69. D. 29, 2.
34) L. 60 § 6. D. 28, 5. L. 23, 45 § 1. D. 28, 6. L. 1 § 7. C. 6, 51.
35) L. 23 pr. D. 28, 5. L. 12. D. 2, 8. Подробности у *Барона* § 401, I, 2b.

По *цивильному праву* наслѣдникъ можетъ также въ одномъ случаѣ получить наслѣдство до наступленія условія. Именно, если наслѣдникъ назначенъ подъ отрицательнымъ потестативнымъ условіемъ (condicio non faciendi) такого содержанія, что о наступленіи условія можно судить только въ моментъ смерти наслѣдника (т. наз. condiciones, quae morte legatariorum finiuntur [36]), то онъ можетъ тотчасъ же вступить въ наслѣдство, представивъ т. наз. *cautio Muciana* въ томъ, что онъ выдастъ наслѣдство обратно субститутамъ, сонаслѣдникамъ или наслѣдникамъ ab intestato, если совершитъ то дѣйствіе, которое равносильно ненаступленію условія. (Напр., А. назначенъ наслѣдникомъ подъ тѣмъ условіемъ, что онъ никогда не поѣдетъ въ Азію, что онъ не продастъ никогда извѣстной вещи или раба [37]).

2) *Сроки* всегда считаются неписанными при heredis institutio. Это относится къ отмѣнительнымъ (dies ad quem) и къ отлагательнымъ (dies a quo) срокамъ: и тѣ, и другіе несогласны съ правиломъ: semel heres semper heres (см. Общ. ч. § 42, IV, 3). Въ завѣщаніяхъ солдатъ сроки имѣли значеніе: при наступленіи отмѣнительнаго срока наслѣдство переходило къ субститутамъ или heres ab intestato; до наступленія отлагательнаго срока наслѣдство выдавалось наслѣдникамъ, назначеннымъ въ завѣщаніи безъ срока, или наслѣдникамъ ab intestato [38]).—3) Къ назначенію наслѣдника могъ быть прибавленъ *modus* (heredis institutio sub modo). Въ такомъ случаѣ наслѣдникъ принуждался къ исполненію modus. (О разныхъ средствахъ принужденія сказано было въ Общей части § 45, II).

§ 9. **Назначеніе наслѣдника** (продолженіе).

2. Объемъ правъ наслѣдника.

I. Завѣщатель могъ назначить одного наслѣдника или же нѣсколькихъ и въ послѣднемъ случаѣ могъ указать имъ любыя части наслѣдства. Для пониманія *терминологіи источниковъ* слѣдуетъ замѣтить, что римляне называли все наслѣдство *as*; поэтому наслѣдникъ, получающій все наслѣдство (т. е. единственный наслѣдникъ), назывался heres ex asse. As дѣлился на двѣнадцать частей, которыя назывались unciae; въ унціяхъ обыкновенно и выражались доли сонаслѣдниковъ; при этомъ существовали слѣдующія техническія названія для этихъ долей: sextans=2 unciae=$^1/_6$ acca; quadrans=3 unciae=$^1/_4$ acca; triens = 4 unciae = $^1/_3$ acca; quincunx = 5 unciae = $^5/_{12}$ acca; semis=6 unciae=$^1/_2$ acca; septunx=7 unciae=$^7/_{12}$ acca; bes=8 unciae=$^2/_3$ acca; dodrans=9 unciae=$^3/_4$ acca; dextans=10 unciae=$^5/_6$ acca; deunx=11 unciae=$^{11}/_{12}$ acca (§ 5 J. 2, 14).

II. Если завѣщатель назначилъ *одного наслѣдника*, то онъ получаетъ все наслѣдство, хотя бы завѣщатель прибавилъ къ его назначенію указаніе опредѣленной части наслѣдства, такъ какъ остальную часть наслѣдства некому было передать: въ частности наслѣдники ab intestato не могли потребо-

---

36) L. 73. D. 35, 1.

37) L. 73 D. 35, 1 L. 4 § 1. D. 28, 7. Подробности у *Барона* § 401, I, 2a. *Dernburg* III § 83, 3. *Windscheid*, § 554, пр. 7.

38) L. 15 § 4. L. 41 pr. D. 29, 1. L. 8 C. 6, 21.

вать ея въ силу извѣстнаго правила — „nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest“. Къ завѣщанію солдатъ это правило не примѣнялось, и поэтому часть наслѣдства, которой завѣщатель не распорядился, переходила къ наслѣдникамъ ab intestato [1]).

III. Если завѣщатель назначилъ *нѣсколькихъ наслѣдниковъ*, то раздѣлъ наслѣдства производился различно, смотря по тому, были ли имъ указаны въ завѣщаніи опредѣленныя доли или нѣтъ.

a) Завѣщатель *не указалъ долей наслѣдниковъ*. Въ такомъ случаѣ наслѣдство дѣлилось поровну между всѣми [2]). Но было исключеніе изъ этого правила. Именно, завѣщатель могъ соединить вмѣстѣ нѣсколькихъ наслѣдниковъ, противопоставивъ ихъ остальнымъ, и выразить тѣмъ, что эти объединенные имъ наслѣдники вмѣстѣ должны получить одну долю равную долѣ, которую получитъ каждый изъ остальныхъ наслѣдниковъ [3]). Это объединеніе можетъ быть сдѣлано самымъ строемъ предложенія: тогда мы имѣемъ *heredes re et verbis conjuncti*: напр., „Primus et fratris mei filii heredes sunto“; въ этомъ случаѣ $1/2$ наслѣдства получаетъ Primus, а другую половину дѣлятъ между собою fratris filii [4]); другой примѣръ: „Titius heres esto, Sejus et Maevius heredes sunto“ [5]). Наслѣдодатель могъ впрочемъ объединить нѣсколько наслѣдниковъ даже назначая ихъ въ разныхъ предложеніяхъ; тогда мы имѣемъ *heredes re tantum conjuncti*; напр., „Titius ex parte dimidia heres esto, Sejus ex parte dimidia; ex qua parte Sejum institui, ex eadem parte Sempronius heres esto“: здѣсь половину наслѣдства получитъ Тицій, а другую половину раздѣлятъ Сей и Семпроній [6]).—Но иногда соединеніе нѣсколькихъ наслѣдниковъ не указываетъ на волю завѣщателя произвести такого рода неравный раздѣлъ; тогда римляне говорятъ о *verbis tantum conjuncti* и не придаютъ значенія такому соединенію; напримѣръ, если въ завѣщаніи стоитъ: „Primus et fratris mei filii aeque heredes sunto“, то слово aeque указываетъ, что раздѣлъ долженъ быть совершенъ между всѣми поровну [7]).

b) Завѣщатель *опредѣлилъ доли сонаслѣдниковъ*; тогда раздѣлъ производится согласно его указаніямъ. Если указанныя доли не исчерпываютъ всего наслѣдства, то онѣ пропорціонально увеличиваются [8]) (въ завѣщаніи солдатъ остатокъ наслѣдства, за вычетомъ указанныхъ завѣщателемъ долей, переходитъ къ наслѣдникамъ ab intestato). Если указанныя завѣщателемъ доли въ суммѣ превышаютъ наслѣдство, то онѣ соотвѣтственно уменьшаются [9]). — Если завѣщатель назначилъ *однихъ наслѣдниковъ съ указаніемъ долей*, а *другихъ безъ указанія*, то послѣдніе дѣлятъ между собою поровну то, что остается за вычетомъ долей, назначенныхъ первымъ [10]). Если доли первыхъ превышаютъ наслѣдство, то римляне прибѣгали къ слѣдующему пріему: они приравниваютъ тогда наслѣдство не одному ассу, а двумъ (dupondium),

---

[1]) § 5. J. 2, 14.
[2]) § 6. J. 2, 14. L. 9 § 12. L. 35 pr. D. 28, 5.
[3]) L. 142. D. 50, 16.
[4]) L. 13 pr. D. 28, 5.
[5]) L. 60 (59) § 2. D. 28, 5.
[6]) L. 15 pr. D. 28, 5.
[7]) L. 13 pr. D. 28, 5.
[8]) L. 13 § 3. L. 79 (78) § 1 D. 28, 5. § 5, 7. J. 2, 14.
[9]) L. 13 § 4—7. L. 15 § 1. L. 48 § 1. D. 28, 5. § 7. J. 2, 14 ср. L. 23 pr. C. 6 37 и къ этому *Windscheid* § 552 пр. 12.
[10]) L. 17 pr. L. 78. L. 79 § 2. D. 28, 5. § 6. J. 2, 14.

въ которыхъ 24 unciae; соотвѣтственно съ этимъ доля, указанная каждому наслѣднику завѣщателемъ, уменьшается вдвое, и для наслѣдниковъ, назначенныхъ безъ указанія частей, получается остатокъ (напр., „А. долженъ получить 5 unciae, B—4 unciae, C—7 unciae, D и E остальное“, гласитъ завѣщаніе; въ наслѣдствѣ считаются тогда 24 unciae, каждая uncia не въ $^1/_{12}$, а въ $^1/_{24}$ наслѣдства, такъ что A получитъ $^5/_{24}$, B—$^4/_{24}$, C—$^7/_{24}$, а D и E по $^4/_{24}$ наслѣдства). Въ случаѣ нужды наслѣдство приравнивается даже 3 ассамъ (tripondium), т. е. дѣлится на 36 unciae, или, иными словами, доли наслѣдниковъ уменьшаются втрое и т. д. [11]). — Если доли наслѣдниковъ, размѣры которыхъ указаны, исчерпываютъ все наслѣдство, то наслѣдство дѣлится на двѣ части, и вторая половина дается наслѣдникамъ, доли которыхъ не опредѣлены. Это не дѣлается, однако, въ томъ случаѣ, если завѣщатель, исчерпавъ все наслѣдство, прямо указываетъ, что прочіе наслѣдники должны получить остатокъ (котораго нѣтъ); тогда ясно, что ихъ назначеніе — насмѣшка надъ ними или шутка [12]).

IV. *Institutio ex re certa.* Подъ этимъ именемъ разумѣется такое назначеніе наслѣдника, въ которомъ завѣщатель указываетъ, что извѣстное лицо должно быть его heres и получить опредѣленную *вещь* изъ его наслѣдства (а не долю, квоту наслѣдства). Напр., завѣщатель пишетъ: „А долженъ быть heres и долженъ получить мое помѣстье въ Италіи; В пусть также будетъ heres и получитъ мой домъ въ Римѣ“ и т. д. [13]). Такое назначеніе наслѣдника ненормально, т. к. наслѣдникъ — heres, по существу этого понятія, *универсальный* преемникъ. Подобное назначеніе не указываетъ, какъ поступить съ остальными частями наслѣдственнаго актива, и, главное, не указываетъ, кто долженъ отвѣчать за долги наслѣдства. Римскіе юристы обошли эти затрудненія, признавая, что 1) такое назначеніе все-же есть назначеніе универсальнаго преемника; 2) но въ то же время они стремились къ тому, чтобы назначенный наслѣдникъ получилъ не больше того, что ему оставилъ наслѣдодатель. Они толковали institutio ex re certa слѣдующимъ образомъ:

а) Если въ завѣщаніи назначенъ *только одинъ наслѣдникъ, притомъ ex re certa*, то онъ считался назначеннымъ ex asse, т.-е. получалъ все наслѣдство [14]). Но, если было ясно, что наслѣдодатель въ сущности желалъ предоставить остальное наслѣдство, за вычетомъ res certa, другому лицу, то назначенный наслѣдникъ признавался обремененнымъ универсальнымъ фидеикоммиссомъ въ пользу этого лица; онъ долженъ былъ выдать ему все наслѣдство, и могъ удержать въ свою пользу только указанную завѣщателемъ res certa или quarta Falcidia. Это имѣло мѣсто, напр., въ томъ случаѣ, если завѣщатель составилъ сперва одно завѣщаніе, а затѣмъ уничтожилъ его составленіемъ новаго завѣщанія, по которому назначилъ новаго наслѣдника, но ex re certa, и при этомъ подтвердилъ распоряженія стараго завѣщанія: heres ex re certa долженъ былъ выдать наслѣдство, какъ фидеикоммиссъ, наслѣдникамъ по первому завѣщанію [15]).

---

11) § 6. J. 2, 14. L. 17 § 3—5. L. 18. L. 20 § 1. L. 54. L. 79 § 2. D. 28, 5.
12) L. 17 § 3. L. 80 D. 28, 5.
13) Ср. L. 35. L. 79 pr. D. 28, 5.
14) L. 1 § 4 D. 28, 5. L. 41 § 8. D. 28, 6.
15) L. 30 (29). D. 36, 1. § 3 J. 2, 17. *Windscheid* § 552 пр. 6. *Dernburg* III, § 87 пр. 5.

b) Если *назначено нѣсколько наслѣдниковъ, притомъ всѣ ex certis rebus* [16]), то они дѣлятъ наслѣдство поровну и въ равной мѣрѣ отвѣчаютъ за долги наслѣдства [17]). Указанныя каждому изъ нихъ certae res они получаютъ при раздѣлѣ наслѣдства въ качествѣ легатовъ [18]) (легатъ въ пользу одного изъ сонаслѣдниковъ, возложенный на другихъ сонаслѣдниковъ, носитъ названіе praelegatum). Если же и въ этомъ случаѣ ясно, кому завѣщатель желалъ предоставить остальную часть наслѣдства, за вычетомъ назначенныхъ наслѣдникамъ certae res, то дѣло рѣшается, какъ въ первомъ случаѣ.

c) Если *нѣкоторые наслѣдники назначены in partes, а другимъ оставлены certae res*, то послѣдніе номинально считаются за сонаслѣдниковъ, но ихъ части наслѣдства сами собою переходятъ къ первымъ на основаніи предполагаемаго въ этомъ случаѣ молчаливаго фидеикоммисса; heredes ex re certa удерживаютъ за собою въ качествѣ легатовъ только указанныя имъ certae res [19]). Но если наслѣдники, назначенные cum partibus, не примутъ наслѣдства, то наступаетъ случай, разсмотрѣнный подъ лит. b).

d) По *завѣщанію солдата*, къ которому не примѣняется правило „nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest", heres ex re certa получаетъ всегда лишь оставленную ему вещь; онъ долженъ выдать все наслѣдство или сонаслѣдникамъ (въ случаѣ c) или наслѣдникамъ ab intestato (въ случаѣ a и b, а также и въ случаѣ c, если сонаслѣдники назначены не во всемъ наслѣдствѣ) [20]).

§ 10. **Назначеніе наслѣдника** (окончаніе).

3. *Substitutiones.*

I. Подъ именемъ substitutio первоначально разумѣлось назначеніе второго наслѣдника на случай, если лицо, назначенное на первомъ мѣстѣ, не сдѣлается наслѣдникомъ. Но съ теченіемъ времени изъ этого общаго понятія развилось три случая субституціи; эти три случая въ своемъ окончательномъ видѣ настолько различны между собою, что связать ихъ въ одну группу возможно только благодаря развитію ихъ изъ одной общей идеи. Эти три случая носятъ каждый особое названіе: substitutio vulgaris, substitutio pupillaris и substitutio quasi pupillaris.

II. *Substitutio vulgaris.* Такъ называется назначеніе въ завѣщаніи наслѣдника на мѣсто другого, назначеннаго въ первую очередь (primo gradu, primo loco scriptus heres), на случай, *что этотъ послѣдній не сдѣлается наслѣдникомъ* [1]). Субститутъ, слѣдовательно, есть наслѣдникъ, назначенный

---

16) L. 35. L. 79 pr. D. 28, 5.
17) L. 10. 11. 9 § 13. D. 28, 5.
18) L. 35 § 1. L. 79 pr. D. 28, 5.
19) L. 13 C. 6, 24 и къ этому *Windscheid* § 553 пр. 11. *Dernburg* III, § 87, 3. *Баронъ* § 400, 1.
20) L. 6, 11 § 2. 12. 13 pr. D. 29, 1. L. 2. C. 6, 21.
1) L. 36 pr. D. 28, 6. pr. J. 2, 15. Для субститута въ свою очередь можетъ быть назначенъ субститутъ, для послѣдняго — также и т. д. Въ такомъ случаѣ примѣняются особыя правила, смыслъ которыхъ передается (современной) поговоркой; substitutus substituto censetur substitutus instituto. L. 27, 41 pr. D. 28, 6. § 3. J. 2, 15. *Windscheid* § 557 пр. 10—11. *Баронъ* § 402 пр. 2, 3. *Girard* стр. 826 пр. 1—3.

подъ суспензивнымъ условіемъ, которое состоитъ въ томъ, что первый наслѣдникъ (institutus въ отличіе отъ substitutus [2]) не сдѣлается наслѣдникомъ, т.-е. не приметъ открывшагося наслѣдства или умретъ раньше его открытія (напр., раньше смерти завѣщателя). Такимъ образомъ, субституція, какъ условное назначеніе наслѣдника, должна удовлетворять всѣмъ условіямъ, которыя требуются отъ institutio heredis [3]). Въ качествѣ субститута можетъ быть назначено не только постороннее лицо, но и одинъ изъ сонаслѣдниковъ [4]), или всѣ сонаслѣдники могутъ быть сдѣланы субститутами одного изъ нихъ, или, наконецъ, всѣ сонаслѣдники могутъ быть взаимно назначены субститутами другъ другу [5]). Наслѣдство открывается субституту по наступленіи условія его субституціи, т.-е. тогда, когда первый наслѣдникъ самъ не захочетъ или не сможетъ принять наслѣдства [6]), и вмѣсто него не явится кто-либо другой (случаи такъ наз. transmissio hereditatis [7]), а также тогда, когда пріобрѣтеніе первымъ наслѣдникомъ почему либо будетъ уничтожено (напр., вслѣдствіе in integrum restitutio [8]) или вслѣдствіе beneficium abstinendi [9]). Но наслѣдство не открывается для субститута въ случаѣ отнятія его у наслѣдника вслѣдствіе indignitas [10]).

III. *Substitutio pupillaris.* Въ развитомъ римскомъ правѣ эта субституція по существу имѣетъ мало общаго съ substitutio vulgaris.

Подъ substitutio pupillaris разумѣется слѣдующій институтъ: *домовладыка* имѣетъ право, дѣлая завѣщаніе о своемъ имуществѣ, *назначить наслѣдника также и своему малолѣтнему* (impubes) *нисходящему, стоящему непосредственно подъ его властью,* на случай, если этотъ подвластный умретъ раньше достиженія pubertas [11]), т.-е. въ томъ еще возрастѣ, когда онъ самъ не можетъ совершать завѣщанія, и не можетъ назначить себѣ наслѣдника. Такой наслѣдникъ подвластнаго также назывался substitutus. При этомъ отецъ не былъ обязанъ назначать самого подвластнаго своимъ наслѣдникомъ: онъ могъ лишить его наслѣдства (exheredare) [12]). Въ этомъ случаѣ субститутъ, наслѣдуя малолѣтнему, получаетъ только то имущество, которое малолѣтній пріобрѣлъ не отъ домовладыки, которому онъ не наслѣдовалъ, а изъ другихъ источниковъ. Если же домовладыка назначалъ подвластнаго своимъ наслѣдникомъ, а затѣмъ наслѣдство открывалось для субститута (т.-е. подвластный умиралъ, получивъ отцовское наслѣдство, но не достигнувъ pubertas), то субститутъ все-таки считался наслѣдникомъ не самого отца, а его малолѣтняго подвластнаго, хотя бы у послѣдняго не было иного имущества, кромѣ унаслѣдованнаго отъ отца [13]).

---

2) L. 1 pr. D. 28, 5.

3) См. выше § 8. L. 60 § 6. D. 28, 5. L. 23, 45 § 1. D. 28, 6; L. 81. D. 29, 2. L. 9 D. 38, 16. *Windscheid* § 557 пр. 2.

4) L. 4 § 2. L. 23 D. 28, 6. § 1 J. 2, 15.

5) Substitutio reciproca или mutua. L. 5. 24. 41 § 1, 4. D. 28, 6. § 2. J. 2, 15 ср. L. 32 D. 28, 6.

6) L. 3. C. 6, 24.

7) См. ниже § 21.—L. 41 (40). D. 28, 5. § 4. J. 2, 15.

8) См. ниже § 23, II, I. L. 7 § 10. L. 24 § 4. D. 4, 4.

9) См. ниже § 19, I, B.—L. 44. D. 42, 1.

10) См. ниже § 23, II, 5.

11) L. 2 pr. L. 41 § 2. D. 28, 6. pr. J. 2, 16.—Объ arrogatus см. L. 10 § 6. D. 28, 6. L. 22 § 1. D. 1, 7.

12) L. 1 § 2. L. 10 § 5. D. 28, 6 (въ прим. 13).

13) L. 10 § 5. D. 28, 6. Ulp. 4. Sab. Ad substitutos pupillares pertinent et si quae postea pupillis obvenerint: neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis, cum et

Ясно, что здѣсь мы не имѣемъ подназначенія одного наслѣдника вмѣсто другого, какъ при substitutio vulgaris, а *назначеніе однимъ лицомъ наслѣдника другому лицу*. Почему же римскіе юристы считаютъ эту substitutio институтомъ, родственнымъ съ substitutio vulgaris? Загадка можетъ быть объяснена только слѣдующимъ путемъ [14]). Вѣроятно, первоначально эта субституція была также подназначеніемъ второго наслѣдника къ наслѣдству самого отца на случай, если первый его наслѣдникъ не получитъ наслѣдства. Отецъ, вѣроятно, долженъ былъ прежде всего назначить самого малолѣтняго подвластнаго своимъ наслѣдникомъ; тогда ему дозволялось назначить субститута на случай, если подвластный умретъ, получивъ наслѣдство, но раньше достиженія pubertas, и передать этому субституту все свое наслѣдство [15]); частью отцовскаго наслѣдства считалось и то, что пріобрѣтетъ самъ impubes по смерти отца. Такимъ образомъ, субститутъ являлся вторымъ наслѣдникомъ самого отца въ случаѣ ранней смерти перваго наслѣдника, т.-е. малолѣтняго подвластнаго. Отсюда и названіе этой комбинаціи substitutio. Домовладыка получалъ возможность, въ случаѣ ранней смерти своего малолѣтняго наслѣдника, передать наслѣдство какому-либо близкому лицу вмѣсто отдаленныхъ агнатовъ, къ которымъ наслѣдство малолѣтняго могло бы перейти по закону при отсутствіи субституціи.—Съ теченіемъ времени стали дозволять отцу, дѣлая эту субституцію, лишать наслѣдства самого малолѣтняго; тогда развился взглядъ, что субститутъ является наслѣдникомъ не самого отца, а малолѣтняго подвластнаго, и связь этой substitutio съ substitutio vulgaris утратилась. Однако, и въ позднѣйшемъ строѣ института есть черты, указывающія на то, что субститутъ считался первоначально наслѣдникомъ самого отца, а не малолѣтняго подвластнаго. Таково, напр., положеніе, по которому вульгарный субститутъ по завѣщанію отца въ случаѣ сомнѣнія всегда считается одновременно пупиллярнымъ, и наоборотъ [16]). Такова, далѣе, норма, согласно которой отецъ только тогда можетъ назначить своему подвластному субститута, когда оставляетъ завѣщаніе о своемъ собственномъ имуществѣ [17]), т.-е. другими словами, когда онъ назначаетъ себѣ перваго наслѣдника (первоначально, какъ сказано, такимъ первымъ наслѣдникомъ долженъ былъ быть, вѣроятно, самъ малолѣтній подвластный); самая substitutio pupillaris можетъ быть сдѣлана и не въ завѣщаніи, а въ другомъ документѣ (secundae tabulae) [18]), но при ничтожности завѣщанія теряетъ силу и субституція [19]).

Изъ этого очерка видно, что въ развитомъ правѣ при substitutio pupillaris борются двѣ основныя идеи: substitutus считается за наслѣдника малолѣтнему, а не его отцу; но есть такія нормы, которыя могутъ быть выведены только изъ прежней основной идеи института, согласно которой пупиллярный субститутъ считался вторымъ наслѣдникомъ самого отца на случай ранней

---

exheredato substituere quis possit.—L. 2 § 2. D. 18, 4. Ulp. 49. Sab...... unum testamentum alia atque alia hereditas est.... L. 2 § 4. D. 28, 6. Ulp. 6 Sab. Cp. Gai 2, 180. Къ этому *Dernburg* III, § 89 пр. 5, 10. *Girard* стр. 827 сл.

14) Ср. къ послѣдующему *Vangerow* II, § 452. *Dernburg* III, § 89. *Girard* стр. 827.

15) Ср. L. 1 § 1. D. 28, 6. Cic. de inv. II § 122; de orat. II c. 32. L. 28 D. 42, 5.

16) L. 4, 45. D. 28, 6. L. 2, 4. C. 6, 26. L. 6. C. 6, 21. *Dernburg* § 89 пр. 15 *Girard* стр. 827 пр. 5.

17) L. 2 § 4. L. 20. D. 28, 6.

18) L. 16 § 1. D 28, 6 Gai 2, 181.

19) L. 2 pr. L. 10 § 4. L. 16 § 1. D. 28, 6.

смерти перваго его наслѣдника — малолѣтняго подвластнаго. Въ виду этого положенія римскаго права о пупиллярной субституціи отличаются большой запутанностью [20]).

IV. *Substitutio quasi pupillaris.* Юстиніанъ создалъ по аналогіи съ substitutio pupillaris еще одинъ видъ субституціи: substitutio quasi pupillaris, или Iustinianea. Эта субституція сводится къ тому, что восходящіе родственники могутъ назначать своему безумному нисходящему (mente captus) наслѣдника на случай, если этотъ нисходящій умретъ, не выздоровѣвъ отъ душевной болѣзни. Нисходящій не долженъ стоять непремѣнно подъ властью восходящаго, назначающаго ему субститута. Но восходящій долженъ оставить нисходящему portio legitima, долженъ совершить завѣщаніе и для самого себя и обязанъ избрать субститута изъ числа нисходящихъ самого безумнаго, а за неимѣніемъ ихъ, изъ числа своихъ собственныхъ нисходящихъ; при отсутствіи послѣднихъ выборъ свободенъ [21]).

Съ особаго разрѣшенія императора домовладыка можетъ назначить наслѣдника своему подвластному, который по какой-либо причинѣ не можетъ совершить завѣщанія (напримѣръ, нѣмому) [22]). Эта субституція теряетъ силу не только съ выздоровленіемъ подвластнаго, но и съ рожденіемъ у него необходимаго наслѣдника.

Относительно т. наз. *substitutio fideicommissaria* см. ниже, § 28 въ концѣ.

§ 11. Недѣйствительность завѣщанія.

Завѣщаніе можетъ не имѣть силы съ самаго начала, или же потерять ее впослѣдствіи. Самая недѣйствительность завѣщанія можетъ быть ничтожностью или оспоримостью (см. объ этихъ терминахъ Общ. ч. § 47).

I. *Съ самаго начала вполнѣ ничтожными (testamentum nullum)* являются тѣ завѣщанія, въ которыхъ отсутствуетъ одно изъ главныхъ условій, указанныхъ въ концѣ § 5, т.-е.: 1) завѣщатель не имѣлъ testamenti factio activa, 2) не соблюдена форма завѣщанія [1]), 3) нѣтъ дѣйствительнаго назначенія наслѣдника [2]).—*Съ самаго начала оспоримы* завѣщанія, совершенныя подъ вліяніемъ заблужденія, принужденія, обмана (см. выше § 8, 1).

II. Дѣйствительное первоначально завѣщаніе можетъ затѣмъ потерять силу вслѣдствіе разныхъ причинъ.

а) Такъ какъ завѣщаніе—актъ односторонне-отмѣнимый, то самъ завѣщатель можетъ *по своей волѣ лишить* свое завѣщаніе силы (см. выше § 5, III). Отмѣна завѣщанія можетъ быть совершена разными способами. 1) Прежде всего, она заключается въ *совершеніи новаго дѣйствительнаго завѣща-*

---

[20]) Особыя правила существуютъ для substitutio pupillaris въ testamentum militare. L. 15 § 5. L. 41 § 4. 5. D. 29, 1. L. 15. D. 28, 6. L. 8. C. 6. *Баронъ* § 403, II. *Girard* стр. 830 пр. 5.

[21]) L. 9 C. 6, 26. § 1. J. 2, 16. Спорнымъ является принципіальный вопросъ: получаетъ ли субститутъ все наслѣдство безумнаго или же только то, что оставлено было безумному восходящимъ? Въ первомъ смыслѣ высказываются напр. *Windscheid* § 560 пр. 4. *Dernburg* III, § 90; во второмъ — *Vangerow* II § 456. *Баронъ* § 404, II; съ точки зрѣнія послѣднихъ писателей substitutio quasi pupillaris въ сущности оказывается универсальнымъ фидеикоммиссомъ.

[22]) L. 43 pr. D. 28, 6.

[1]) L. 4. D. 28, 1.

[2]) § 34. J. 2, 20.

нія [3]). Если это новое завѣщаніе не ничтожно въ самый моментъ его совершенія [4]), то старое завѣщаніе теряетъ силу, обращаясь въ т. наз. *testamentum ruptum* (posteriore testamento rumpitur superius) [5]). Если новое завѣщаніе было дѣйствительно съ самаго начала, но потомъ потеряло силу (напр., наслѣдники отказались вступить по нему въ наслѣдство), то старое завѣщаніе все-же признается уничтоженнымъ [6]). Старое завѣщаніе вступаетъ въ силу только въ тѣхъ случаяхъ, когда новое завѣщаніе оспорено и уничтожено, какъ составленное подъ вліяніемъ заблужденія или принужденія [7]) (см. выше § 8, I), или когда завѣщатель самъ уничтожитъ новое завѣщаніе съ цѣлью возстановить силу стараго [8]). 2) Далѣе, завѣщаніе можетъ быть отмѣнено посредствомъ спеціальнаго *заявленія завѣщателя* передъ судомъ или тремя свидѣтелями. Это заявленіе уничтожаетъ завѣщаніе только тогда, если со времени составленія завѣщанія прошло не менѣе 10 лѣтъ [9]).—3) Наконецъ, *письменное* завѣщаніе отмѣняется тѣмъ, что завѣщатель съ этою цѣлью *уничтожаетъ самыя* tabulae testamenti *или срываетъ печати свидѣтелей* [10]). Если же документъ письменнаго завѣщанія уничтоженъ или испорченъ помимо воли завѣщателя, то это не отмѣняетъ завѣщанія, но, конечно, дѣлаетъ труднымъ или даже невозможнымъ доказательство его совершенія или содержанія [11]).

b) *Помимо воли завѣщателя* вполнѣ дѣйствительное завѣщаніе можетъ потерять силу съ теченіемъ времени по слѣдующимъ причинамъ. 1) Если завѣщатель въ силу *capitis deminutio* потеряетъ testamenti factio activa по совершеніи завѣщанія (testamentum *irritum* [12]). Если къ моменту смерти завѣщатель вновь пріобрѣтетъ testamenti factio, то сила его завѣщанія возстановляется безусловно въ томъ случаѣ, когда cap. dem. наступила противъ его воли [13]); въ противномъ случаѣ требуется, чтобы завѣщатель чѣмъ-нибудь подтвердилъ свое старое завѣщаніе [14]). 2) Если всѣ *назначенные наслѣдники утратятъ* testamenti factio passiva, *или умрутъ* раньше завѣщателя, или *не примутъ* наслѣдства по завѣщанію, то завѣщаніе теряетъ силу, какъ testamentum *destitutum* или *desertum* [15]).

Особымъ основаніемъ, въ силу котораго завѣщаніе, вполнѣ или отчасти можетъ оказаться недѣйствительнымъ, является нарушеніе въ немъ интере-

---

[3]) L. 1. D. 28, 3. L. 29. C. 6, 23.

[4]) L. 1. 2. 16. D. 28, 3. L. 7. D. 28, 2. Ср. еще особую норму въ L. 21 § 5. C. 6, 23. L. 2. D. 28, 3 *Girard* стр. 832. *Dernburg* III, § 94 пр. 5.

[5]) § 2. J. 2, 17.

[6]) L. 3 § 4. L. 16. D. 28, 3. L. 36 § 4. D. 29, 1. § 2. J. 2, 17.

[7]) L. 93 (92) D. 28, 5.

[8]) L. 11 § 2 in f. D. 37, 11. О завѣщаніяхъ солдатъ см. L. 19 pr. L. 36 § 1. D. 29, 1.

[9]) L. 27 C. 6, 23. Солдатское завѣщаніе можетъ быть отмѣнено неформальными способами L. 15 § 1. D. 29, 1.

[10]) L. 1 § 8 D. 38, 6. L. 1 § 10 L. 8 § 3 D. 37, 11. L. 30 C. 6, 23. Dig. 28, 4. Ср. Gai 2, 151. *Girard* стр. 834 сл. *Windscheid* § 565 пр. 8.

[11]) L. 1 pr. - § 3. D. 28, 4. L. 20 D. 28, 3. L. 30 C. 6, 23.

[12]) § 4, 5. J. 2, 17.

[13]) § 6 J. 2, 17.

[14]) L. 11 § 2. D. 37, 11. *Windscheid* § 563 пр. 7. *Accarias* I, § 342, 3. *Girard* стр. 835. Ср. впрочемъ *Dernburg* III § 93, пр. 6.

[15]) § 2 J. 2, 17. L. 1 D. 28, 3. L. 181. D. 50, 17.

совъ т. наз. *необходимыхъ наслѣдниковъ*. Объ этомъ будетъ рѣчь ниже (въ главѣ IV настоящаго отдѣла [16]).

Глава III. Призваніе къ наслѣдству ab intestato.

§ 12. Общія положенія. Историческія замѣчанія.

I. Если послѣ умершаго *не окажется наслѣдника по завѣщанію*, то въ его имуществѣ открывается наслѣдованіе ab intestato. Необходимымъ условіемъ открытія этого порядка наслѣдованія является *окончательное* выясненіе вопроса о томъ, что наслѣдованія по завѣщанію не наступитъ. Поэтому наслѣдованіе ab intestato не открывается, напр., пока условіе, подъ которымъ назначенъ наслѣдникъ въ завѣщаніи, находится in pendenti (объ этомъ терминѣ см. Общ. ч. § 41, п. 3), или пока призванный по завѣщанію наслѣдникъ не высказался еще, приметъ ли онъ наслѣдство, или нѣтъ. Когда выяснилось, что наслѣдованіе по завѣщанію не наступитъ, то къ наслѣдству призывается ближайшій наслѣдникъ ab intestato. *Ближайшій наслѣдникъ* есть тотъ, который оказывается на первомъ мѣстѣ въ установленномъ закономъ порядкѣ наслѣдниковъ ab intestato въ моментъ открытія наслѣдства ab intestato [1]). Изъ предыдущаго ясно, что этимъ моментомъ не всегда бываетъ моментъ смерти завѣщателя, но напр., моментъ ненаступленія условія, прибавленнаго въ завѣщаніи къ institutio heredis, или моментъ отказа отъ наслѣдства со стороны наслѣдника ex testamento. Если ближайшій наслѣдникъ ab intestato не приметъ наслѣдства, то по развитому праву въ силу successio ordinum et graduum наслѣдство открывается слѣдующему за нимъ по порядку наслѣднику ab intestato (см. выше § 2, 1 пр. 5).

II. Самый *порядокъ*, въ которомъ по закону должны призываться наслѣдники ab intestato, былъ различенъ въ разныя эпохи. развитія римскаго права.

1) По *праву XII таблицъ* было три класса наслѣдниковъ [2]). Основнымъ принципомъ наслѣдованія ab intestato признавалось агнатское родство наслѣдника съ наслѣдодателемъ. Въ первомъ классѣ призывались sui heredes, т.-е. тѣ лица, которыя находились въ моментъ смерти наслѣдодателя непосредственно подъ его властью, а также тѣ, которыя были зачаты въ этотъ моментъ и, если бы родились уже тогда, были бы подъ его властью. Во второмъ классѣ призывался, при отсутствіи sui heredes, ближайшій по степени родства агнатъ (agnatus proximus). Въ третьемъ классѣ призывались, если не было агнатовъ, родичи (gentiles). Между этими классами и въ предѣлахъ каждаго класса между степенями не было преемства, т.-е. если представитель какого-либо класса былъ налицо, но не дѣлался почему-либо наслѣдникомъ, то наслѣдство не открывалось слѣдующему по порядку лицу или классу, а дѣлалось выморочнымъ (in legitimis hereditatibus successio non est; см. § 2, I, пр. 4).

---

[16]) О порядкѣ, установленномъ для вскрытія завѣщанія, см. *Баронъ* § 460. *Girard* стр. 837 сл.

[1]) § 7. J. 3, 1. L. 9 § 2. D. 28, 2.

[2]) Ulp. 26, 1. Coll. 16, 4. Gai 3, 1 sqq.

2) Въ этотъ порядокъ наслѣдованія внесены были измѣненія *преторскимъ эдиктомъ* о bonorum possessio. Преторъ, во-первыхъ, ввелъ въ своемъ эдиктѣ successio ordinum et graduum [3]), т.-е. установилъ, что въ случаѣ непринятія наслѣдства ближайшимъ наслѣдникомъ ab intestato, оно должно открываться слѣдующему за нимъ по порядку наслѣднику (при этомъ, successio ordinum введено было для всѣхъ классовъ, а successio graduum имѣло мѣсто только въ классѣ unde cognati). Во вторыхъ, преторъ впервые придалъ значеніе при наслѣдованіи на ряду съ агнатскимъ родствомъ и когнатскому, а также брачной связи между лицами. Именно, преторская bonorum possessio intestati давалась слѣдующимъ классамъ наслѣдниковъ [4]). 1) Unde liberi. Сюда входятъ всѣ sui heredes и тѣ нисходящіе, которые перестали быть sui heredes вслѣдствіе capitis deminutio minima (эманципированные), т. наз. фингированные sui. 2) Unde legitimi. Сюда входятъ тѣ лица, которыя имѣли наслѣдственное право по jus civile, т.-е. sui, agnati, gentiles. 3) Unde cognati. Въ этомъ классѣ наслѣдство дается ближайшимъ когнатамъ до 6 степени родства включительно, а изъ лицъ 7 степени sobrino natis. 4) Unde vir et uxor. При отсутствіи такихъ когнатовъ наслѣдство получаетъ пережившій супругъ.—Въ теченіе императорскаго времени *законодательство* все болѣе расширяетъ значеніе когнатскаго родства при наслѣдованіи. Особенное значеніе имѣло *Sctum Tertullianum* (при Адріанѣ), которое установило наслѣдованіе матери, имѣющей jus liberorum, послѣ своихъ дѣтей предпочтительно передъ агнатами дѣтей, кромѣ ближайшихъ изъ нихъ (liberi, отецъ, frater consanguineus) [5]), и *Sctum Orphitianum* 178 г. по Р. Х., которое дало дѣтямъ законное, преимущественное право наслѣдованія послѣ матери въ классѣ unde legitimi [6]). При христіанскихъ императорахъ Sctum Tertullianum было распространено на мать, которая не имѣла jus trium vel quattouor liberorum [7]), и были произведены еще нѣкоторыя реформы съ цѣлью усилить значеніе когнатскаго элемента при наслѣдованіи.

3) Заключительную эпоху развитія составляетъ *дѣятельность Юстиніана*. Уже въ его Codex второго изданія вошло нѣсколько конституцій, въ которыхъ онъ старался по возможности уравнять права агнатовъ и когнатовъ при наслѣдованіи ab intestato [8]). Но окончательно онъ реформировалъ порядокъ наслѣдованія ab intestato послѣ изданія своего сборника; именно, въ 543 году Юстиніанъ издалъ *новеллу 118*, а въ 548 г. въ дополненіе къ ней *новеллу 127*. Эти двѣ новеллы составляютъ основу юстиніанова порядка наслѣдованія ab intestato. Рядомъ съ ними осталось въ силѣ лишь нѣсколько институтовъ стараго права, какъ напримѣръ bonorum possessio unde vir et uxor, право бѣдной вдовы, дѣтей отъ конкубины и т. д.

III. Въ *юстиніановомъ правѣ* слѣдуетъ различать *два порядка наслѣдованія по закону*: обыкновенный и особенный. *Обыкновенный* порядокъ наслѣдованія (§ 13) основанъ на родствѣ и супружеской связи. Прежде всего, призываются въ извѣстномъ порядкѣ родственники, при чемъ родство по муж-

---

[3]) L. 1 § 10. D. 38, 9.
[4]) Ulp. 28, 7 sqq. Gai 3, 25 sqq. Dig. 38, 6-8; 38, 11. Cod. 6, 14—15; 6, 18.
[5]) Paul. 4, 9. Ulp. 26, 8. J. 3, 3.
[6]) Ulp. 26, 7. J. 3, 4.
[7]) L. 1 C. Th. 5, 1. L. 2 C. 8, 58.
[8]) L. 12. C. 6, 55. L. 14, 15. C. 6, 58.

ской линіи вполнѣ уравнено съ родствомъ по женской линіи, агнаты не имѣютъ никакихъ преимуществъ передъ когнатами и мужчины передъ женщинами. За родственниками слѣдуетъ пережившій супругъ.

Особыя порядки наслѣдованія (§ 14) касаются лишь отдѣльныхъ частей наслѣдства и конкуррируютъ съ различными классами обыкновеннаго наслѣдованія.

§ 13. Обыкновенный порядокъ наслѣдованія ab intestato въ Юстиніановомъ правѣ.

Въ основѣ обыкновеннаго порядка наслѣдованія лежитъ: 1) родство, 2) брачная связь [1]).

I. На основаніи *родства* призываются къ наслѣдству на одинаковыхъ правахъ кровные родственники-когнаты и цивильные родственники-агнаты (объ этихъ понятіяхъ подробности см. въ Общ. ч. § 25). 1) Что касается, прежде всего, *кровнаго родства*, то оно устанавливаетъ для родственниковъ основаніе для взаимнаго наслѣдованія безъ ограниченія степенью родства. Но дѣти, происходящія отъ рожденія внѣ justum matrimonium, считаются въ родствѣ только съ матерью и ея родственниками, а не съ отцомъ [2]); исключеніе составляютъ лишь дѣти отъ конкубины, если они были узаконены [3]) (legitimatio; см. Семейное право § 16). Впрочемъ, между незаконными и неузаконенными дѣтьми и ихъ отцомъ иногда возможенъ особый порядокъ наслѣдованія (§ 14, I, 3).—2) Кромѣ когнатовъ, къ наслѣдству на равныхъ правахъ призываются и тѣ лица, которыя состоятъ только въ *агнатской* связи съ умершимъ, не будучи его кровными родственниками, т.-е. усыновленные. Но, какъ было раньше выяснено (см. § 16 Семейнаго права), не всякое усыновленіе даетъ одинаковыя права наслѣдованія ab intestato. Именно, взаимное наслѣдственное право возникаетъ только между лицомъ аррогированнымъ или подвергшимся adoptio plena и его агнатскими нисходящими, съ одной стороны, и усыновителемъ и его агнатами, съ другой стороны [4]); при аррогаціи малолѣтняго лица (impubes), если это лицо умретъ до достиженія pubertas, усыновитель не получаетъ наслѣдственныхъ правъ [5]). При adoptio minus plena возникаетъ наслѣдственное право только для усыновленнаго послѣ усыновителя, но не наоборотъ [6]). При adoptio, совершенной женщиной, возникаетъ взаимное наслѣдственное право между усыновительницей, съ одной стороны, и усыновленнымъ и его нисходящими, съ другой [7]). Кромѣ того, усыновленіе не уничтожаетъ родственной связи между усыновленнымъ и его прежними когнатами [8]), такъ что эти когнаты наслѣдуютъ усыновленному, вмѣстѣ съ родственниками его по усыновленію, и онъ имъ наслѣдуетъ.

---

[1]) Nov. 118 c. 1.

[2]) L, 2. 4. 8 D. 38, 8. Incestuosi (Общ. ч. § 25, A, f) не имѣютъ никакихъ наслѣдственныхъ правъ. Nov. 12. *Windscheid* § 571 пр. 13.

[3]) L. 10 C. 5, 27. Nov. 98 c. 8.

[4]) L. 1 § 4 D. 38, 8. L. 4 § 10 L. 5 D. 38, 10.

[5]) L. 18—22 pr. D. 1, 7. L. 40 D. 28, 6 § 3 J. 1, 11.

[6]) L. 10 C. 8, 47. § 2 J. 1, 11. § 14 J. 3, 1.

[7]) L. 5 C. 8, 47.

[8]) L. 1 § 4 D. 38, 8. L. 4 § 10 D. 38, 10. § 3 J. 3, 5.

II. *Бракъ* составляетъ основаніе для обыкновеннаго наслѣдованія не по Nov. 118 и 127, а по преторскому эдикту (bon. poss. unde vir et uxor). Принято думать, что наслѣдованіе пережившаго супруга не уничтожено этими новеллами, а потому переживш й супругъ долженъ призываться въ пятомъ классѣ, если не будетъ наслѣдниковъ первыхъ четырехъ классовъ, установленныхъ новеллами (ниже IV, 5). Кромѣ того, бѣдная вдова имѣетъ особое наслѣдственное право, о которомъ рѣчь въ § 14, I, 2.

III. Наслѣдники ab intestato въ юстиніановомъ правѣ раздѣляются *на 5 классовъ;* 4 класса введены новеллами, а 5-ый составляетъ переживш й супругъ. Каждый классъ исключаетъ дальнѣйшій, пока въ немъ есть наслѣдники. Между классами существуетъ *successio ordinum*, т.-е. если наслѣдство не будетъ пріобрѣтено наличными наслѣдниками одного класса, то оно открывается наслѣдникамъ слѣдующаго класса. Въ предѣлахъ каждаго класса имѣетъ мѣсто *successio graduum*, т.-е. если наслѣдство не пріобрѣтено ближайшими представителями этого класса; то оно открывается слѣдующимъ за ними по близости родства [9]). Между наслѣдниками, призванными вмѣстѣ въ одномъ классѣ, существуетъ *jus accrescendi*, т.-е. если одинъ изъ нихъ не пріобрѣтетъ своей доли въ наслѣдствѣ, то она прирастаетъ къ долямъ остальныхъ сонаслѣдниковъ, призванныхъ вмѣстѣ съ нимъ (ниже § 22, II, 3, b). Спорнымъ является *отношеніе этой successio graduum* къ *jus accrescendi*, которое имѣетъ мѣсто между сонаслѣдниками, призванными къ наслѣдству на первомъ мѣстѣ, т.-е. вопросъ о томъ, должна ли освободившаяся за уничтоженіемъ одного изъ этихъ сонаслѣдниковъ доля итти къ сонаслѣдникамъ въ силу jus accrescendi, и лишь при отпаденіи всѣхъ сонаслѣдниковъ данной очереди она должна переходить къ представителямъ слѣдующаго gradus, или же, наоборотъ, successio graduum должна имѣть предпочтеніе передъ jus accrescendi [10]).

Если въ какомъ-либо классѣ призывается *сразу нѣсколько наслѣдниковъ*, то наслѣдство дѣлится между ними. Притомъ дѣленіе бываетъ различно въ различныхъ случаяхъ. Вообще различается три рода дѣленія. 1) *Divisio in capita*, когда наслѣдство, дѣлится поровну между нѣсколькими лицами. 2) *Divisio in stirpes*, когда нѣсколько лицъ получаютъ всѣ вмѣстѣ одну долю, т.-е. принимаются всѣ вмѣстѣ какъ бы за одно лицо при раздѣлѣ наслѣдства. 3) *Divisio in lineas* состоитъ въ томъ, что наслѣдство дѣлится на двѣ половины; одна идетъ къ восходящимъ родственникамъ со стороны отца наслѣдодателя, а другая—къ восходящимъ съ материнской стороны.

IV. Самый порядокъ наслѣдованія и правила раздѣла наслѣдства состоятъ въ слѣдующемъ:

1. Въ *первомъ классѣ* [11]) *призываются* всѣ нисходящіе наслѣдодателя, т.-е. его сыновья, дочери, внуки, внучки и т. д. обоего пола. Нисходящій болѣе отдаленной степени родства исключается отъ наслѣдованія, если наслѣдуетъ его собственный восходящій. Если же восходящій, черезъ посредство

---

[9]) § 7 J. 3, 2. L 4 C. 6, 4.

[10]) § 9 J 3, 9. Большинство романистовъ высказывается въ пользу того, что по праву новеллъ successio graduum должна имѣть мѣсто предпочтительно передъ jus accrescendi *Windscheid* § 573 пр. 5. *Dernburg* III 134 пр. 4. *Бароиъ* 410, 2. Иначе *Vangerow* II § 420.

[11]) Nov. 118 c. 1.

котораго онъ связанъ родствомъ съ наслѣдодателемъ, не наслѣдуетъ, то онъ призывается вмѣстѣ съ болѣе близкими нисходящими. Представимъ себѣ, напр., что у наслѣдодателя A было три сына: B, D, E, и дочь C; у B въ свою очередь имѣется сынъ F, у C — сыновья G и H, у D — сынъ I и у E — дочь K и сынъ L; E умеръ еще раньше, чѣмъ A; въ этомъ случаѣ, по смерти A, ему наслѣдуютъ: B, C, D, K и L, и не наслѣдуютъ F, G, H. I. — Болѣе отдаленные нисходящіе, напр., внуки отъ одного сына, наслѣдуютъ наряду съ болѣе близкими по степени нисходящими, напр., наряду съ другимъ сыномъ, *по собственному праву*, а не въ качествѣ представителей своего, умершаго раньше, родителя. По этому они наслѣдуютъ дѣду даже, если они не унаслѣдовали своему родителю. Они заступаютъ мѣсто послѣдняго. Въ подобныхъ случаяхъ принято говорить о наслѣдованіи *по праву представленія* (jure representationis).

Наслѣдство дѣлится такъ: если призваны только сыновья и дочери, то раздѣлъ совершается in capita, т.-е. поровну; если же къ наслѣдству призываются сыновья и дочери вмѣстѣ съ потомствомъ какого-либо раньше умершаго сына или дочери (т.-е. вмѣстѣ съ внуками и внучками наслѣдодателя), или одни только потомки раньше умершихъ сыновей и дочерей (т.-е. одни только внуки, внучки, правнуки и правнучки наслѣдодателя и т. д.), то наслѣдство дѣлится in stirpes, т.-е. потомки каждаго изъ сыновей или дочерей получаютъ всѣ вмѣстѣ ту долю, которая пришлась бы на долю ихъ родоначальника, если бы онъ самъ былъ наслѣдникомъ. Въ нашемъ примѣрѣ наслѣдство будетъ раздѣлено сперва на 4 части, одна изъ которыхъ затѣмъ будетъ раздѣлена пополамъ между K и L—потомками умершаго сына наслѣдодателя—E.

2. Во *второмъ классѣ* [12]) *призываются* восходящіе родственники наслѣдодателя по близости степени родства и вмѣстѣ съ ними его полнородные (germani) братья и сестры (т.-е. братья и сестры, имѣющіе съ наслѣдодателемъ общихъ отца и мать), а также дѣти послѣднихъ (нисходящіе въ 1-й степени), если ихъ отецъ или мать не наслѣдуютъ. — Наслѣдство дѣлится in lineas, а въ предѣлахъ каждой линіи равно близкіе восходящіе дѣлятъ in capita; если наслѣдуютъ одни братья и сестры или восходящіе вмѣстѣ съ братьями и сестрами, то наслѣдство дѣлится in capita; если рядомъ съ восходящими братьями и сестрами призываются также дѣти отъ какого-либо уже умершаго брата и сестры, то эти послѣднія вмѣстѣ получаютъ ту долю, какую получилъ бы ихъ отецъ или мать. Какъ дѣлить въ томъ случаѣ, если наслѣдуютъ одни только дѣти отъ различныхъ братьевъ и сестеръ наслѣдодателя, т.-е. только его племянники и племянницы, — источники не указываютъ [13]).

3. *Въ третьемъ классѣ* [14]) *призываются* неполнородные братья и сестры наслѣдодателя (т.-е. имѣющіе съ нимъ только общаго отца — единокровные, consanguinei,—и имѣющіе съ нимъ только общую мать—единоутробные, uterini) и дѣти отъ умершихъ уже неполнородныхъ братьевъ и сестеръ. Наслѣдство дѣлится, какъ во второмъ классѣ.

4. *Въ четвертомъ классѣ* [15]) *призываются* всѣ остальные боковые

[12]) Nov. 118 c. 2—3 pr. Nov. 127 c. 1.
[13]) *Dernburg* § 132 пр. 9. *Windscheid* § 572 пр. 15.
[14]) Nov. 118 c. 3 pr.
[15]) Nov. 118 c. 3 § 1.

родственники безъ ограниченія степенью родства. Ближайшая степень исключаетъ дальнѣйшую. Нѣсколько равно близкихъ родственниковъ *дѣлятъ* наслѣдство in capita [16]).

5. *Въ пятомъ классѣ* (по преторскому эдикту) призывается пережившій супругъ (bonorum possessio unde vir et uxor [17]). Его исключаетъ отъ наслѣдованія самый отдаленный боковой родственникъ умершаго. Наслѣдственное право супруга предполагаетъ, что бракъ былъ вполнѣ дѣйствителенъ, и что онъ не былъ расторгнутъ до смерти одного изъ супруговъ.

V. Если ни въ одномъ изъ этихъ классовъ не окажется наслѣдниковъ, или никто изъ нихъ не пріобрѣтетъ наслѣдства, то наслѣдство становится *выморочнымъ*, *bona vacantia*. О его судьбѣ см. § 14 въ концѣ.

§ 14. Особые порядки наслѣдованія. Судьба выморочнаго наслѣдства.

I. Нѣкоторыя лица имѣютъ право на полученіе извѣстной части наслѣдства, независимо отъ того, кто является наслѣдникомъ въ остальной массѣ имущества. Въ этихъ случаяхъ принято говорить объ *особомъ порядкѣ наслѣдованія ab intestato*. Сюда относятся слѣдующіе случаи:

1. *Если лицо, аррогированное до достиженія pubertas*, эманципировано усыновителемъ безъ достаточнаго основанія или эксгередировано имъ, то оно можетъ требовать выдачи четвертой части имущества усыновителя [1]) (*quarta Divi Pii*; см. Сем. право § 16). Это право не можетъ быть отнято у усыновленнаго завѣщаніемъ усыновителя. Оно представляетъ, такимъ образомъ, особый видъ т. наз. необходимаго наслѣдованія [2]).

2. *Бѣдная вдова* состоятельнаго наслѣдодателя, если она не является наслѣдницей его, можетъ требовать выдачи четвертой части наслѣдства. Если обыкновенными наслѣдниками являются дѣти наслѣдодателя въ числѣ четырехъ и болѣе, то вдова получаетъ только часть, равную съ частями прочихъ наслѣдниковъ (portio virilis); если эти дѣти въ то же время и ея дѣти, то она получаетъ только узуфруктъ на эту часть. Во всякомъ случаѣ она не должна получить больше 100 фунтовъ золота. Вдова признается бѣдной тогда, когда она не имѣетъ собственнаго имущества или приданаго, которое позволило бы ей жить соотвѣтственно ея общественному положенію (mulier indotata). Это право бѣдной вдовы также не можетъ быть отнято у нея завѣщаніемъ ея мужа и, слѣдовательно, есть видъ необходимаго наслѣдованія [3]).

3. Если наслѣдодатель не оставилъ законной жены и законныхъ дѣтей,

---

[16]) Порядокъ наслѣдованія въ первыхъ 4 классахъ передается слѣдующимъ латинскимъ четверостишіемъ, гдѣ каждому изъ классовъ посвящена одна строка:

Descendens omnis succedit in ordine primo,
Ascendens propior, germanus filius ejus,
Tunc latere ex uno frater, quoque filius ejus,
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

[17]) L. 1 D. 38, 11. L. 1 C. 6, 18.

[1]) L. 22 pr. D. 1, 7. L. 8 § 15 D. 5, 2. L. 1 § 21 D. 37, 6. L. 2 C. 8, 47. § 3. J. 1, 11.—Объ actio quasi Calvisiana L. 13 D. 38, 5.

[2]) Подробности у *Accarias* I стр. 283 слл.

[3]) Nov. 53 c. 6. Nov. 117 c. 5.

то его *дѣти отъ конкубины* имѣютъ право на шестую часть его имущества; изъ этой части portio virilis переходила къ конкубинѣ—ихъ матери [4]). Подобное же право имѣетъ отецъ на полученіе наслѣдства послѣ дѣтей отъ *конкубины* [5]).

II. Таковы особые порядки наслѣдованія ab intestato. Для заключенія этой главы намъ остается разсмотрѣть судьбу наслѣдства въ томъ случаѣ, когда его не пріобрѣтаютъ ни наслѣдники по завѣщанію, ни heredes ab intestato. Въ этомъ случаѣ наслѣдство становится *выморочнымъ, bona vacantia.* Первоначально такое наслѣдство, какъ res nullius, могло быть свободно оккупировано каждымъ желающимъ [6]). Августъ по lex Iulia et Papia Poppaea установилъ для эрарія право виндицировать такія наслѣдства; съ теченіемъ времени это право перешло къ *фиску* [7]). Фискъ пріобрѣталъ выморочное наслѣдство ipso jure, но если оно было несостоятельно, то онъ считался непринявшимъ его [8]); въ такомъ случаѣ надъ наслѣдствомъ открывалось конкурсное производство [9]). Если же фискъ принималъ bona vacantia, то онъ становился въ положеніе, аналогичное съ положеніемъ наслѣдника [10]). Но за долги наслѣдства онъ отвѣчалъ только въ размѣрѣ актива наслѣдственной массы [11]). Кромѣ того, его положеніе отличается отъ положенія наслѣдника ab intestato тѣмъ, что онъ долженъ былъ выполнить легаты и фидеикомиссы, назначенные въ завѣщаніи умершаго, хотя оно стало testamentum destitutum [12]) (см. выше § 11). Если фискъ продавалъ доставшіяся ему bona vacantia, то онъ освобождался отъ всякой отвѣтственности: его мѣсто занималъ покупатель наслѣдства [13]). Право фиска погашается истеченіемъ четырехлѣтней давности [14]).— Нѣкоторыя *корпораціи* имѣютъ преимущественное передъ фискомъ право на bona vacantia своихъ сочленовъ; такое право имѣетъ легіонъ или эскадронъ кавалеріи, въ которомъ служилъ умершій [15]); церковь или монастырь, къ которымъ принадлежалъ умершій въ качествѣ священника или монаха [16]); городская курія, гдѣ умершій былъ декуріономъ [17]) и т. д. [18]).

---

4) Nov. 18 c. 5. Nov. 89 c. 12.
5) Nov. 89 c. 13.
6) Cic. de leg. 2. 19.
7) Gai 2, 150. Ulp. 28, 7. L. 96 § 1. D. 30. L. 4 C. 10, 10. О конструкціи права фиска на bona vacantia см. *Dernburg* III § 138. *Windscheid* § 162 пр. 1. *Баронъ* § 425, III.
8) L. 1 § 1. D 49, 14.
9) См. впрочемъ объ addictio bonorum libertatum servandarum causa Jnst. 3, 11. L. 15. C. 7, 2. *Girard* стр. 884 пр. 1.
10) L. 20 § 7 D. 5, 3.
11) L. 1 § 1 L. 11 D. 49, 14. *Windscheid* § 622 пр. 3.
12) L. 96 § 1 L. 114 § 2 D. 30. L. 14 D. 49, 14.
13) L. 13 § 9 L. 54 pr. D. 5, 3. L. 41 D. 49, 14. L. 1 C. 4, 39.
14) L. 1 C. 7, 37.
15) L. 6 § 7 D. 28, 3. L. 2 C. 6, 62.
16) L. 20 C. 1, 3. Nov. 131 c. 13.
17) L. 4 C. 6, 62.
18) См. еще L. 1 C. 6, 62. L. 5 C. eod. L. 1 C. 10, 14.

Глава IV. Призваніе къ наслѣдству противъ завѣщанія (право необходимаго наслѣдованія).

§ 15. Предварительныя замѣчанія.

По древнему jus civile.

I. Завѣщатель пользовался широкой свободой при распоряженіи оставляемымъ имъ имуществомъ. Въ основѣ этого порядка лежало толкованіе извѣстной нормы XII таблицъ, которая гласила: „uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto“ [1]). Однако постепенно свобода завѣщателя стала подвергаться ограниченіямъ. Они вводились подъ вліяніемъ той мысли, что существуютъ такія отношенія между завѣщателемъ и нѣкоторыми другими лицами (большею частью близкими родными завѣщателя), которыхъ завѣщатель не долженъ игнорировать, оставляя завѣщаніе [2]). Согласно съ этимъ были установлены извѣстныя границы, которыя и составляютъ то, что въ современной наукѣ называется *правомъ необходимаго наслѣдованія* (Notherbenrecht) *въ объективномъ смыслѣ.*

II. Мы уже имѣли случай отмѣтить (въ § 14) два случая необходимаго наслѣдованія: право малолѣтняго аррогированнаго лица на *quarta divi Pii* и право *бѣдной вдовы* [3]). Въ послѣдующемъ изложеніи мы уже не будемъ касаться этихъ случаевъ, а займемся только обыкновеннымъ правомъ необходимаго наслѣдованія, созданнымъ въ пользу *родственниковъ* наслѣдодателя.

Здѣсь нужно различать слѣдующіе институты, созданные въ разное время разными источниками права:

1. Т. наз. *формальныя ограниченія* свободы завѣщаній, созданныя цивильнымъ правомъ (дѣятельностью юристовъ) и расширенныя преторскимъ эдиктомъ (bonorum possessio contra tabulas). Сущность этихъ ограниченій состоитъ въ томъ, что извѣстныхъ лицъ завѣщатель долженъ или назначить наслѣдниками (instituere), или открыто лишить ихъ наслѣдства (exheredare); но онъ не могъ обходить ихъ молчаніемъ (praeterire). Однако, онъ не былъ обязанъ оставить имъ какую-либо часть своего имущества.

2. Т. наз. *матеріальныя ограниченія* свободы завѣщаній. Они были созданы въ практикѣ центумвиральнаго суда, гдѣ выработался особый искъ— querela inofficiosi testamenti. Сущность ихъ сводится къ тому, что извѣстнымъ лицамъ завѣщатель обязанъ, въ любой формѣ, предоставить опредѣленную часть своего имущества, если не имѣетъ особо уважительныхъ причинъ поступить иначе.

3. Въ 115 новеллѣ Юстиніанъ сдѣлалъ попытку соединить въ пользу восходящихъ и нисходящихъ родственниковъ правила о формальныхъ и матеріальныхъ ограниченіяхъ въ одинъ институтъ. Такъ какъ, однако, постано-

---

[1]) См. *Bruns*, Fontes, Leges XII tab., V, 3. L. 120. D. 50, 15.

[2]) Только test. militare осталось свободнымъ какъ отъ формальныхъ (§ 6. J. 2, 13), такъ и отъ матеріальныхъ ограниченій. L. 8 § 3. 4. L. 27 § 2. D. 5, 2. L. 9, 24. C. 3, 28. *Windscheid* § 575 пр. 5. *Girard*, стр. 812 пр. 3.

[3]) Ср. *Dernburg* III, § 142 пр. 5.

вленія этого закона недостаточно полны, то ихъ приходится дополнять нормами, которыя были выработаны доюстиніановымъ правомъ. Въ виду неясности Юстиніанова закона иногда трудно рѣшить, какія изъ старыхъ нормъ остались въ силѣ по его изданіи и какія были отмѣнены.

Въ виду этихъ особенностей Новеллы 115 мы предпочитаемъ изложить отдѣльно: 1) право формальныхъ ограниченій свободы завѣщаній, какъ оно выработалось до Новеллы 115 (§ 16); 2) право матеріальныхъ ограниченій до Новеллы 115 (§ 17); 3) постановленія Новеллы 115 (§ 18).

§ 16. **Формальныя ограниченія свободы завѣщаній до Новеллы 115.**

I. Формальныя ограниченія свободы завѣщаній были введены источниками *juris civilis* (вѣроятно дѣятельностью юристовъ) и расширены *преторскимъ эдиктомъ*.

По нормамъ *jus civile* завѣщатель обязанъ былъ своихъ *sui heredes* или назначить наслѣдниками въ завѣщаніи (instituere) или открыто лишить ихъ наслѣдства (exheredare). Если же онъ обходилъ ихъ молча (praeterire) при перечисленіи наслѣдниковъ, хотя бы второй или слѣдующихъ очередей (субститутовъ), то его завѣщаніе теряло силу вполнѣ или отчасти. — Никакихъ матеріальныхъ ограниченій при составленіи завѣщаній эти нормы не вносили: exheredatio могла быть совершена безъ всякой уважительной причины; назначая наслѣдниками suos heredes, завѣщатель могъ оставить имъ самую ничтожную долю наслѣдства. Правила объ exheredatio и praeteritio введены были съ цѣлью оказать психическое давленіе на завѣщателя: предполагалось, что завѣщатель, который счелъ-бы возможнымъ умолчать о своихъ подвластныхъ въ завѣщаніи, не рѣшится открыто лишить ихъ наслѣдства, не имѣя на то уважительныхъ причинъ [1]).

Въ частности требовалось, чтобы exheredatio дѣлалась verbis solemnis, притомъ для filii sui и postumi мужского пола nominatim (поименно для каждаго), а для дочерей, внуковъ и постумовъ женскаго пола exheredatio могла совершаться inter ceteros (ceteri omnes exheredes sunto) [2]) (Постумами называются тѣ лица, которыя не были sui heredes въ моментъ совершенія завѣщанія, но вступили подъ непосредственную власть домовладыки послѣ совершенія завѣщанія, т. е. сдѣлались его sui, или вступили бы подъ его власть, если бы домовладыка не умеръ въ періодъ между ихъ зачатіемъ и рожденіемъ. Сюда относятся, напр., сыновья завѣщателя, рожденные послѣ составленія завѣщанія или лица, усыновленныя завѣщателемъ послѣ этого момента).

Praeteritio этихъ лицъ въ завѣщаніи (т. е. отсутствіе какъ institutio, такъ и дѣйствительной exheredatio относительно нихъ) влекла за собою слѣдующія послѣдствія. Въ случаѣ praeteritio filii sui (сына завѣщателя) завѣщаніе дѣлалось, по ученію Сабиніанцевъ съ самаго начала, вполнѣ ничтожнымъ (testamentum inane, injustum), и по смерти завѣщателя открывалось наслѣдованіе ab intestato [3]). Въ случаѣ praeteritio дочери или внука (внучки)

---

[1]) *Dernburg* III, § 143 пр. 2. Ср. *Girard* стр. 848 сл. *Боголѣповъ* Формальныя ограниченія свободы завѣщаній въ римской классической юриспруденціи 1881.

[2]) Gai 2, 127. 128. 132. Ulp. 22, 20—22. L. 2. 4 § 2. C. 6, 28. L. 3 pr. D. 28, 3 pr. § 1. J. 2, 13.

[3]) Gai 2, 123. 124. Ulp. 22, 16 pr. J. 2, 13.

завѣщаніе сохраняло силу, но обойденныя лица приростали (accrescere) къ лицамъ, назначеннымъ въ завѣщаніи; при томъ, если въ завѣщаніи назначены были наслѣдниками также sui heredes, то обойденные дѣлили съ ними наслѣдство поровну (т.-е. получали portiones viriles); если же въ завѣщаніи были назначены наслѣдниками не sui (т.-е. extranei heredes), то эти послѣдніе дѣлили между собою одну половину наслѣдства, а другая давалась обойденнымъ sui [4]). Наконецъ, если въ завѣщаніи былъ обойденъ молчаніемъ постумъ, то завѣщаніе дѣлалось ничтожнымъ (testamentum ruptum) по правилу: „testamentum rumpitur quasi agnatione sui heredis“ [5]).

II. По *преторскому эдикту* правила объ exheredatio и praeteritio были расширены. Именно, завѣщатель обязанъ теперь instituere или exheredare не только suos heredes, но всѣхъ вообще *liberi*, т.-е. тѣхъ лицъ также, которыя вслѣдствіе capitis deminutio minima перестали быть sui heredes, но не принадлежали къ другой familia; въ частности, сюда относятся дѣти, эманципированныя завѣщателемъ. При этомъ, всѣхъ liberos мужскаго пола нужно было exheredare nominatim, а liberos женскаго пола можно было exheredare inter ceteros [6]). Послѣдствія praeteritio состояли не въ ничтожности завѣщанія ipso jure, а сводились къ тому, что liberi, обойденные въ завѣщаніи, могли испросить у претора bonorum possessio contra tabulas (testamenti), и тогда постороннія лица, назначенныя наслѣдниками въ завѣщаніи, фактически ничего не получали. Впрочемъ, если въ завѣщаніи наслѣдниками были назначены другіе liberi завѣщателя, то и эти liberi, хотя сами не были обойдены, могли испросить у претора bon. pos. contra tabulas „commisso per alium (praeteritum) edicto“, т.-е. на томъ основаніи, что завѣщатель обошелъ другого изъ числа liberi. Иногда эта bon. pos. contra tabulas была выгоднѣе для назначенныхъ въ завѣщаніи liberi, нежели bon. pos. secundum tabulas (т.-е. по завѣщанію): напр., въ томъ случаѣ, если по завѣщанію они должны были получить менѣе, чѣмъ свою долю ab intestato [7]).

Послѣдствія испрошенной bonorum possessio contra tabulas состояли въ томъ, что испросившія ее лица получали свои части ab intestato, при вычисленіи которыхъ, однако, не принимались во вниманіе тѣ heredes ab intestato, которые были надлежащимъ образомъ лишены наслѣдства (exheredati) въ завѣщаніи, или которые не испросили bon. pos. contra tabulas [8]).

Такимъ образомъ, изъ завѣщательныхъ распоряженій и послѣ предоставленія bon. pos. contra tabulas сохраняли силу сдѣланныя въ завѣщаніи надлежащимъ образомъ exheredationes. Кромѣ того, сохраняли силу назначеніе тутора и пупиллярныя субституціи [9]); оставались въ силѣ и равномѣрно ложились на всѣхъ лицъ, участвующихъ въ bon. pos. contra tabulas, тѣ распоряженія (напр., легаты), которыя были сдѣланы въ завѣщаніи въ пользу нѣкоторыхъ привилегированныхъ лицъ (personae conjunctae), напр., въ пользу родителей и дѣтей завѣщателя, или легатъ, оставленный женѣ завѣщателя

[4]) Gai 2, 124. Ulp. 22, 17. Paul. 3, 4b, 8.
[5]) § 1. J. 2, 17. Ulp. 22, 18. Gai 2, 131—134.
[6]) Gai 2, 129. 135—137. Ulp. 22, 23. § 3. J. 2, 13.
[7]) L. 3 § 11 L. 8 pr. § 14 L. 10 § 5. 6 L. 20 pr. D. 37, 4. L. 15 § 1 L. 16 D. 37, 5.
[8]) L. 8 § 14 L. 11 § 1 D. 37, 4.
[9]) L. 34 § 2 D. 28, 6.

dotis nomine, но съ тѣмъ, чтобы всѣ эти лица вмѣстѣ получили не больше доли каждаго изъ наслѣдниковъ [10]).

III. Таковы были правила объ exheredatio и praeteritio по jus civile и по jus honorarium. Слѣдуетъ замѣтить въ заключенiе этого очерка, что *Юстинiанъ до изданiя своей Новеллы 115* сдѣлалъ попытку реформировать изложенныя правила: онъ установилъ, что въ формѣ exheredatio и въ послѣдствiяхъ praeteritio не должно быть никакой разницы между filii sui и остальными sui heredes: правила объ exheredatio nominatim и о полномъ уничтоженiи завѣщанiя вслѣдствiе praeteritio должны были отнынѣ примѣняться ко всѣмъ sui и postumi (т.-е. и къ дочерямъ, ко внукамъ и къ postumi обоего пола [11]).

§ 17. Матерiальныя ограниченiя свободы завѣщанiй до Новеллы 115.

I. Въ практикѣ *центумвиральнаго суда*, вѣдавшаго споры о наслѣдствахъ, въ эпоху первыхъ императоровъ выработались *матерiальныя ограниченiя свободы завѣщанiй*. Ихъ сущность состояла въ томъ, что завѣщатель долженъ былъ непремѣнно оставить извѣстнымъ лицамъ опредѣленную часть своего имущества, если не имѣлъ уважительныхъ причинъ поступить иначе. На основанiи этихъ новыхъ правилъ можно было оспаривать завѣщанiе въ тѣхъ случаяхъ, когда формальныя ограниченiя оказывались недостаточными, именно, если завѣщатель, хотя и назначилъ своего сына наслѣдникомъ, но оставилъ ему слишкомъ малую часть наслѣдства; или, если завѣщатель хотя и правильно совершилъ exheredatio своего сына, но не имѣлъ къ тому уважительной причины. Въ подобныхъ случаяхъ нѣкоторыя особенно близкiя къ завѣщателю лица получали права оспорить завѣщанiе путемъ особаго иска, который впервые сталъ допускаться въ центумвиральномъ судѣ. Искъ назывался *querela inofficiosi testamenti*. Лицо, вчинающее этотъ искъ, жаловалось на нелюбовность завѣщанiя, доказывая, что завѣщатель нарушилъ моральный долгъ—*officium pietatis*, не оставивъ ему достаточной доли изъ наслѣдственнаго имущества. Если судъ находилъ жалобу основательной, то онъ лишалъ завѣщанiе силы вполнѣ или отчасти. Это дѣлалось при помощи фикцiи, заимствованной изъ греческаго права, что завѣщатель, совершая подобное завѣщанiе, не былъ въ здравомъ умѣ, и что его завѣщанiе поэтому нельзя оставить въ силѣ (color insaniae—μανία) [1]).

II. Въ частности, для этой querela inofficiosi testamenti [2]) выработаны были слѣдующiя правила: 1) Не всѣ heredes ab intestato могли требовать оставленiя себѣ въ завѣщанiи обязательной доли и оспаривать завѣщанiе съ помощью querela inofficiosi testamenti въ случаѣ ея неоставленiя. Право на обязательную долю (portio debita) и на вчинанiе querela было предоставлено только слѣдующимъ когнатамъ [3]): a) *нисходящимъ* завѣщателя; b) его *вос-*

---

[10]) Dig. 37, 5. Edictum de legatis praestandis.
[11]) L. 4 C. 6, 28. § 5 J. 2, 13.
[1]) L. 2. 5 D. 5, 2. pr. J. 2, 18. *Dernburg* III, § 147 пр. 4. *Girard* стр. 859 сл.
[2]) О конструкцiи этого иска см. *Windscheid* § 584 пр. 13. *Dernburg* III, § 147 пр. 2. *Баронъ* § 415, V, 1. *Girard* стр. 857 сл.
[3]) L. 1. 15 pr. D. 5, 2. L. 27 C. 3, 28.

ходящимъ и с) полнороднымъ и единокровнымъ (но *не* единоутробнымъ — uterini) *братьямъ и сестрамъ*; братьямъ и сестрамъ, впрочемъ, только тогда, когда наслѣдникомъ въ завѣщаніи назначена persona turpis, т.-е. лицо, по общественному мнѣнію лишенное чести.—Слѣдуетъ замѣтить, что каждое изъ этихъ лицъ имѣло право на querela, если оно при открытіи наслѣдованія было ближайшимъ наслѣдникомъ завѣщателя ab intestato [4]).

2) Чтобы предотвратить querela inof. test., завѣщатель долженъ былъ въ своемъ завѣщаніи оставить лицу, имѣющему право на querela, т. наз. *обязательную долю*—pars legitima. Обязательная доля въ классическомъ правѣ равнялась *четверти* той доли, которую управомоченное лицо получило бы, наслѣдуя ab intestato—очевидно по аналогіи съ lex Falcidia [5]). *Юстиніанъ* въ Новеллѣ 18 с. 1 (до изданія Новеллы 115) увеличилъ эту долю: она должна быть равна $^1/_3$ доли ab intestato, если доля ab intestato составляла $^1/_4$ наслѣдства, или болѣе того; она должна равняться $^1/_2$ доли ab intestato, если эта доля ab intestato была меньше четверти всего наслѣдства. Слѣдовательно, чтобы опредѣлить размѣръ обязательной доли, нужно принять во вниманіе число наслѣдниковъ ab intestato, которые остаются по смерти завѣщателя. При этомъ, въ счетъ принимаются и тѣ лица, которыя, являясь ближайшими наслѣдниками ab intestato, не имѣютъ права на обязательную долю: напр., лица, лишенныя наслѣдства (exheredati) по уважительной причинѣ [6]). При опредѣленіи стоимости обязательной доли принимается во вниманіе состояніе имущества въ моментъ смерти наслѣдодателя [7]); изъ всей суммы наслѣдства вычитаются для этого долги наслѣдодателя и издержки на погребеніе [8]).

Обязательная доля можетъ быть оставлена *въ любой формѣ*: путемъ назначенія наслѣдникомъ въ соотвѣтствующей части наслѣдства, въ формѣ легата, фидеикомисса или donatio mortis causa [9]); въ обязательную долю зачитываются даже нѣкоторыя предоставленія inter vivos, каковы dos, donatio pr. nuptias и donatio ad emendam militiam (для покупки должности [10]), которыя завѣщатель, въ качествѣ восходящаго родственника, предоставилъ лицу, управомоченному на полученіе обязательной доли [11]). Но обязательная доля должна быть предоставлена pure, т.-е. безъ прибавленія условій, сроковъ или modus; всѣ такія прибавки въ юстиніановомъ правѣ считаются неписанными, если онѣ умаляютъ размѣръ оставленной доли настолько, что она становится меньше обязательной доли [12]).

3) Завѣщатель могъ предотвратить отмѣну завѣщанія вслѣдствіе querela

---

[4]) L. 6 § 1 D. 5, 2. Ср. къ этому *Dernburg* III, § 149 пр. 6—9. Иногда допускалась successio in querelam—сл. ib. § 147 пр. 10.

[5]) Plin. Epist. 5, 1, 9. L. 8 § 8 D. 5, 2. L. 31 C. 3, 28. § 3. 6. 7 J. 2, 18.

[6]) L. 8 § 8 D. 5, 2. Exheredatus partem facit ad minuendam, numerum ad augendam legitimam. См. *Dernburg*, III § 150.

[7]) L. 6 C. 3, 38.

[8]) L. 8 § 9 D. 5, 2.

[9]) L. 33 pr. L. 36 pr. C. 3, 28. § 6 J. 2, 18. L. 8 § 6 D. 5, 2. О предоставленіи condicionis implendae causa см. L. 8 § 10 D. 5, 2. L. 3 § 19 D. 38, 2. *Windscheid* § 581 пр. 7. *Dernburg* III, § 151 пр. 3.

[10]) См. объ этомъ *Willems*, Droit public romain (6 изд.), стр. 550 пр. 10. *Windscheid* § 581 пр. 5.

[11]) L. 29, 30 § 2 C. 3, 28. О простой donatio см. L. 25 pr. D. 5, 2. L. 35 § 2 C. 3, 28. § 6 J. 2, 18.

[12]) L. 32. 36 pr. § 1 C. 3, 28. Nov. 18 c. 3.

inofficiosi testamenti не оставляя обязательной доли, если онъ лишалъ обязательной доли управомоченнаго *на какомъ-либо достаточномъ основанiи.* Такимъ основанiемъ могло быть: a) недостойное поведенiе этого послѣдняго лица по отношенiю къ завѣщателю, т.-е. нарушенiе officium pietatis; это т.-наз. exheredatio notae causa; какое поведенiе было достаточнымъ основанiемъ для отнятiя обязательной доли, это рѣшаетъ въ каждомъ данномъ случаѣ судъ [13]); b) такимъ основанiемъ могло быть желанiе завѣщателя принести пользу самому управомоченному лицу: т. наз. exheredatio bona mente; такъ, напр., управомоченнымъ лицомъ является душевно-больной или расточительный сынъ завѣщателя, и послѣднiй въ его же интересахъ назначаетъ наслѣдниками дѣтей этого сына, а самому сыну назначаетъ только алименты на время его жизни [14]).

4) Если обязательная доля совсѣмъ не оставлена управомоченному на ея полученiе лицу, и для лишенiя его обязательной доли нѣтъ ни одного изъ указанныхъ основанiй, то управомоченное лицо можетъ предъявить къ наслѣдникамъ по завѣщанiю *querela inofficiosi testamenti. Отвѣтчиками* по этому иску являются наслѣдники по завѣщанiю, если они приняли наслѣдство [15]) (если они не приняли его, то querela не нужна, ибо и помимо нея наступаетъ наслѣдованiе ab intestato), универсальный фидеикоммиссаръ, которому выдано наслѣдство на основанiи распоряженiя умершаго, и, наконецъ, тѣ лица, которымъ дано было наслѣдство, отнятое у завѣщательныхъ наслѣдниковъ по ихъ недостойности [16]) (т. наз. ereptio, о которой см. ниже § 23, II, 5). *Предъявлять* querela можетъ только само лицо, управомоченное на обязательную долю; такъ какъ этотъ искъ представляетъ какъ бы жалобу на обиду, нанесенную нелюбовнымъ завѣщанiемъ данному лицу, то онъ признавался actio vindictam spirans (см. Общ. ч. § 15, III), и наслѣдники управомоченнаго лица не могли предъявить его, если оно умерло, не изъявивъ само воли предъявить искъ [17]). Вмѣстѣ съ тѣмъ искъ считался оскорбительнымъ для памяти завѣщателя и давался, поэтому, лишь въ случаѣ отсутствiя другихъ средствъ (напр. на основанiи l. Falcidia), какъ ultimum adjutorium.

Если querela окажется основательной, то *завѣщанiе уничтожается настолько, насколько жалобщикъ обиженъ имъ,* т.-е. насколько это необходимо, чтобы онъ получилъ *полную долю* наслѣдства ab intestato. Querela должна быть предъявлена противъ каждаго наслѣдника по завѣщанiю особо, и каждое лицо, управомоченное на обязательную долю, должно вести особый процессъ о своей долѣ. Слѣдовательно, querela не всегда уничтожаетъ завѣщанiе въ полномъ его объемѣ: полное уничтоженiе завѣщанiя и открытiе во всемъ наслѣдствѣ наслѣдованiя не по завѣщанiю, но ab intestato имѣетъ мѣсто лишь тогда, когда истцами выступили всѣ heredes ab intestato умершаго, а отвѣтчиками были всѣ его heredes ex testamento, и въ числѣ послѣднихъ не было heredes ab intestato [18]). Если завѣщанiе уничтожено вполнѣ, то вполнѣ уничтожаются и назначенные въ немъ легаты; если же завѣщанiе

---

13) L. 3. 5 D. 5, 2. L. 7 pr. D. 48, 20. L. 3 § 5 D. 37, 4. L. 132 pr. D. 45, 1. L. 30 C. 3, 28.
14) L. 16 D. 27, 10. Ср. L. 25 C. 3, 28.
15) L. 8 § 10. D. 5, 2.
16) L. 1. L. 10. C. 3, 28.
17) L. 6 § 2. D. 5, 2. Ср. L. 34, 36 § 2 inf. C. 3, 28.
18) L. 19. 24. 25 § 1. D. 5, 2. L. 13. 27. C. 3, 28.

уничтожено лишь отчасти (напр., одно изъ лицъ, управомоченныхъ на обязательную долю, вело процессъ съ однимъ изъ завѣщательныхъ наслѣдниковъ, уничтожило его назначеніе и получило свою portio ab intestato, тогда какъ назначенія остальныхъ наслѣдниковъ остались въ силѣ), то легаты также остаются въ силѣ отчасти, т.-е. оставшіеся завѣщательные наслѣдники должны выплатить причитающіеся на ихъ доли легаты [19]).—Право на вчинаніе querela погашается истеченіемъ *пятилѣтней давности* съ момента вступленія завѣщательныхъ наслѣдниковъ въ наслѣдство, а также всякимъ актомъ, которымъ управомоченное лицо признаетъ силу завѣщанія [20]).—Лицо, проигравшее querela inofficiosi признавалось за indignus.

5) Если завѣщатель оставилъ кое-что лицу, управомоченному на полученіе обязательной доли, но *не оставилъ обязательной доли сполна*, то querela inofficiosi testamenti уже не можетъ быть вчинена. Управомоченное лицо получаетъ другой искъ: *actio ad supplendam legitimam*. Этотъ искъ не имѣетъ характера a. vindictam spirans: онъ переходитъ къ наслѣдникамъ управомоченнаго и погашается только тридцатилѣтней давностью. Съ его помощью управомоченное лицо не уничтожаетъ завѣщанія, а только требуетъ отъ наслѣдниковъ по завѣщанію, универсальнаго фидеикоммиссара и эрипіентовъ пополненія своей обязательной доли [21]).

6) Въ заключеніе этого очерка слѣдуетъ упомянуть о тѣхъ мѣрахъ, которыя были приняты противъ сокращенія обязательной доли сдѣлками, совершаемыми завѣщателемъ inter vivos. Именно: завѣщатель *не долженъ былъ сокращать обязательной доли совершеніемъ при своей жизни чрезмѣрныхъ дареній или установленіемъ чрезмѣрнаго приданаго:* для этой цѣли установлены были т. наз. *querela inofficiosae donationis* и *inofficiosae dotis* [22]). Эти иски даются тѣмъ же лицамъ и на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и querela inofficiosi testamenti. Съ ихъ помощью управомоченное лицо [23]) можетъ оспорить дареніе или установленіе приданаго, совершенное завѣщателемъ inter vivos, если эти предоставленія сами по себѣ или въ связи съ предшествующими подобными распоряженіями достигаютъ такихъ размѣровъ, что въ имуществѣ завѣщателя не остается суммы, которая составила бы полную обязательную долю, если въ основаніе ея исчисленія положить размѣръ имущества до совершенія даренія или установленія приданаго [24]). Если послѣ совершенія этихъ сдѣлокъ завѣщатель пріобрѣтетъ столько, что наслѣднику снова будетъ обезпечена его обязательная доля, какъ она опредѣлялась по состоянію имущества до совершенія даренія или установленія приданаго, то право на вчинаніе querela inofficiosae donationis или dotis отпадаетъ [25]). Оспариваніе направлено только противъ одареннаго лица, но не противъ третьихъ владѣльцевъ подареннаго имущества [26]). Въ результатѣ оспариванія предоставленіе

---

19) L. 13. C. 3, 28.
20) L. 16. 34. 36 § 2. C. 3, 28.
21) L. 30. 31. 36. C. 3, 28. § 3. J. 2, 18.
22) Cod. 3, 29. 30. *Windscheid* § 586. *Dernburg* III, § 156. *Girard* стр. 864.
23) L. 9. C. 3, 29.
24) L. 7. C. 3, 29. Vat. fr. 280. Требуется ли при этомъ, въ качествѣ необходимаго условія, умыселъ дарителя уменьшить обязательную долю? За это *Dernburg* III, § 156 пр. 3; противъ этого *Windscheid* § 586 пр. 10. *Girard* стр. 864 пр. 4. *Arndts* § 597 пр. 3.
25) *Windscheid* § 586 пр. 7.
26) *Windscheid* § 586 пр. 12. *Dernburg* III, § 156 пр. 12.

теряетъ силу въ размѣрѣ, необходимомъ для сохраненія въ цѣлости обязательной доли [27]); дареніе, напр., не отмѣняется, а только уменьшается.

§ 18. Постановленія Новеллы 115.

I. Въ Новеллѣ 115 Юстиніанъ сдѣлалъ попытку образовать *въ пользу восходящихъ и нисходящихъ одинъ институтъ необходимаго наслѣдованія изъ всѣхъ нормъ, которыя устанавливали формальныя и матеріальныя ограниченія свободы завѣщаній.* Онъ призналъ недостаточнымъ, чтобы восходящіе оставляли нисходящимъ и нисходящіе восходящимъ обязательную долю, а требуетъ кромѣ того, чтобы эти лица взаимно назначали другъ друга наслѣдниками по завѣщанію. Они могутъ лишать другъ друга наслѣдства лишь по извѣстнымъ основаніямъ, точно опредѣленнымъ въ Новеллѣ. Основанія перечислены въ Новеллѣ довольно казуистично [1]); такъ, напр., достаточнымъ основаніемъ лишить наслѣдства нисходящаго или восходящаго признаются слѣдующія обстоятельства: причиненіе опасности для жизни, причиненіе помѣхи къ составленію завѣщанія, безнравственный образъ жизни нисходящей или ея вступленіе въ бракъ противъ воли родителей до 25 лѣтняго возраста, отказъ выкупить изъ плѣна, впаденіе въ ересь и т. д. Всего ихъ 14 для нисходящихъ и 8 для восходящихъ. Основаніе лишенія наслѣдства должно быть указано въ завѣщаніи и правильность его должна быть доказана наслѣдникомъ, назначеннымъ въ завѣщаніи [2]). — Если восходящій лишилъ нисходящаго (или наоборотъ) наслѣдства при отсутствіи какой-либо изъ перечисленныхъ въ Новеллѣ причинъ, или если онъ его обошелъ молчаніемъ, то назначеніе всѣхъ наслѣдниковъ въ завѣщаніи теряетъ силу, и открывается наслѣдованіе ab intestato. Прочія завѣщательныя распоряженія (легаты, пупиллярная субституція, назначеніе опекуновъ) остаются въ силѣ [3]).

II. Таковы постановленія Новеллы 115. Въ этомъ законѣ *очень многое остается неяснымъ.* Не всегда съ точностью можно опредѣлить, что изъ постановленій стараго права осталось въ силѣ, и какой именно смыслъ имѣютъ нѣкоторыя постановленія Новеллы.

1. Прежде всего, изъ матеріальныхъ ограниченій свободы завѣщаній остались въ силѣ постановленія о правахъ на обязательную долю полнородныхъ и единокровныхъ *братьевъ и сестеръ* наслѣдодателя: Новелла 115 о нихъ умалчиваетъ, и за ними нужно признать право на querela inoff. test. въ томъ же размѣрѣ и на тѣхъ же условіяхъ (назначеніе наслѣдникомъ въ завѣщаніи persona turpis), какъ и прежде [4]).

2. Что касается *восходящихъ и нисходящихъ, то размѣръ ихъ обязательной доли* остается тотъ же, какой былъ опредѣленъ Новеллой 18 (т.-е. половина или треть доли ab intestato). Но вся эта доля или, по крайней мѣрѣ, часть ея должна быть предоставляема непремѣнно въ формѣ на-

---

[27]) L. 2. 5. 7. 8. C. 3, 29. L. 1. C. 3, 30. Nov. 92 c. 1; ср., впрочемъ, L. 87 § 3. D 31. *Windscheid*, § 586 пр. 13 *Dernburg* III, § 156 пр. 13.

[1]) Nov. 115 c. 3. c. 4. Переченъ ихъ у *Windscheid* § 590. *Dernburg* III, 153 пр. 1. *Баронъ* § 416. *Arndts* § 601 пр. 2.

[2]) Nov. 115 c. 3 pr. § 15. c. 4 § 9.

[3]) Nov. 115 c. 3 § 15. c. 4 § 9.

[4]) *Dernburg* III § 154 пр. 1. *Windscheid* § 587 въ нач.

значенія наслѣдникомъ. Если управомоченный назначенъ наслѣдникомъ, но обязательная доля оставлена не въ полномъ объемѣ, то нисходящій или восходящій имѣетъ право на a. ad supplendam legitimam. Если же управомоченный нисходящій или восходящій неосновательно обойденъ молчаніемъ или неосновательно лишенъ наслѣдства, то, по опредѣленію Новеллы 115, назначенія наслѣдниковъ въ завѣщаніи теряютъ силу, и открывается наслѣдованіе ab intestato. Весьма споренъ вопросъ, что это значитъ. Становится ли завѣщаніе ipso jure *ничтожнымъ* безъ всякой просьбы объ этомъ заинтересованныхъ лицъ, такъ что управомоченныя лица могутъ предъявить hereditatis petitio, или же оно дѣлается только *оспоримымъ*, такъ что эти лица должны прибѣгнуть къ querela inoff. testamenti, которая ограничена 5-лѣтнимъ срокомъ и не переходитъ на наслѣдниковъ? Въ Новеллѣ 115 эти вопросы не затронуты [5]).

3. Далѣе, весьма спорно отношеніе Новеллы 115 къ формальнымъ ограниченіямъ свободы завѣщаній, установленнымъ по старому праву. Сохранили-ли эти нормы свою силу для тѣхъ лицъ, въ пользу которыхъ онѣ были созданы, т.-е. для sui heredes, postumi и liberi? Юстиніанъ заимствовалъ у нихъ предписаніе непремѣнно назначать наслѣдниками или exheredare восходящихъ и нисходящихъ, но умолчалъ о подробностяхъ. Остаются открытыми вопросы: должна ли exheredatio по отношенію къ sui heredes и liberi дѣлаться по формѣ, установленной въ прежнемъ правѣ (verbis imperativis: filius meus exheres esto; nominatim), или же достаточно всякаго заявленія о лишеніи наслѣдства? должны ли сохранять силу легаты, назначенные въ завѣщаніи и въ томъ случаѣ, когда sui heredes или liberi обойдены молчаніемъ въ завѣщаніи безъ достаточнаго основанія? и т. д. Мнѣнія современныхъ ученыхъ расходятся; многіе признаютъ, что Новелла 115 вполнѣ отмѣнила старыя правила объ exheredatio и praeteritio [6]).

Правила о querela inofficiosae donationis или dotis остаются въ силѣ послѣ Новеллы 115, которая ничего не говоритъ объ этихъ случаяхъ.

Глава V. Порядокъ пріобрѣтенія наслѣдства (acquisitio hereditatis).

§ 19. Вступленіе въ наслѣдство и отказъ отъ наслѣдства.

Мы уже говорили (въ § 1), что при наслѣдованіи слѣдуетъ различать два момента: открытіе — delatio — и пріобрѣтеніе наслѣдства въ тѣсномъ смыслѣ—acquisitio hereditatis. Если delatio hereditatis устанавливаетъ только способность сдѣлаться наслѣдникомъ, то окончательно лицо дѣлается обладателемъ наслѣдственнаго имущества лишь въ моментъ acquisitio hereditatis. Мы

---

[5]) Въ пользу оспоримости см. *Windscheid* § 591; *Dernburg* III § 154. Въ пользу абсолютной ничтожности см. *Vangerow* II § 485; *Баронъ* § 416, III. За огранич. ничт.: *Arndts* § 599. Въ пользу смѣшанной системы: *Puchta* § 493.

[6]) *Баронъ*, § 416 in fine. § 418. *Dernburg*, III § 145. *Windscheid*, III § 592. *Arndts* § 598 пр. 1 inf. § 602. Ср. *Vangerow* II § 486, III.

должны познакомиться теперь съ процессомъ пріобрѣтенія наслѣдства, открывшагося лицу на какомъ-либо основаніи (ex testamento, по закону).

Слѣдуетъ различать два порядка: 1) порядокъ пріобрѣтенія наслѣдства (hereditas) по jus civile и 2) порядокъ пріобрѣтенія bonorum possessio.

I. *Hereditas* пріобрѣтается двоякимъ образомъ. А. Въ большинствѣ случаевъ она пріобрѣтается при помощи *изъявленія воли* на это со стороны призваннаго къ наслѣдству лица. Наслѣдникъ, обыкновенно, есть *heres voluntarius*, т.-е. дѣлается наслѣдникомъ не въ силу самаго факта призванія его къ наслѣдству, а въ силу рѣшенія воспользоваться данной ему возможностью пріобрѣсти наслѣдство. Актъ, посредствомъ котораго призванное къ наслѣдству лицо пріобрѣтаетъ наслѣдство, называется *вступленіемъ въ наслѣдство—aditio hereditatis*. Aditio hereditatis есть юридическая сдѣлка, состоящая въ одностороннемъ изъявленіи воли наслѣдника пріобрѣсти наслѣдство. Для того, чтобы эта сдѣлка была дѣйствительна, требуется наличность нѣсколькихъ условій. 1) Прежде всего лицо, призванное къ наслѣдству, должно быть *способно къ совершенію этого акта*. Способны совершать aditio hereditatis только тѣ лица, которыя могутъ принимать на себя отвѣтственность по обязательствамъ, потому что принятіе наслѣдства влечетъ за собою установленіе отвѣтственности наслѣдника за долги наслѣдства; поэтому, лица, находящіяся подъ опекой и попечительствомъ [1]), по общему правилу, могутъ вступать въ наслѣдство лишь при наличности auctoritas tutoris или consensus curatoris [2]).

2) Лицо, вступающее въ наслѣдство, должно *само имѣть волю пріобрѣсти наслѣдство*. Рабы и подвластные принимаютъ наслѣдство jussu domini, но также *лично*. Нельзя поручить представителю принять рѣшеніе, совершить aditio hereditatis, или нѣтъ [3]); представителю можно поручить лишь изъявить рѣшеніе, уже принятое самимъ призваннымъ къ наслѣдству лицомъ [4]). Въ видѣ исключенія за нѣкоторыхъ недѣеспособныхъ лицъ могутъ принимать рѣшеніе вступить въ наслѣдство другія лица: такъ за ребенка моложе 7 лѣтъ (infans), можетъ принять наслѣдство (или испросить bonorum possessio) его опекунъ или его отецъ (хотя бы онъ не имѣлъ отеческой власти [5]); см. ниже § 21, III, 5); за душевно-больного, стоящаго подъ отеческой властью,—его домовладыка [6]). Для юридическаго лица принимаетъ наслѣдство—его законный представитель [7]).

3) Воля принять наслѣдство должна быть *серьезна*. Лицо, вступающее въ наслѣдство, должно быть убѣждено въ томъ, что наслѣдство ему открылось [8]), и должно знать, на какомъ основаніи оно ему открылось (ex testa-

---

1) Даже infantes. L. 67 (65) § 3 D. 36, 1.

2) L. 8 pr. L. 9 D. 29, 2. L. 9 § 3 D. 26, 8. L. 18 § 4 C. 6, 30. Prodigus можетъ вступать въ наслѣдство безъ согласія попечителя, но принятіе дѣйствительно только, если наслѣдство не перезадолжено. L. 5. § 1. D. 29, 2.

3) L. 2 D. 1, 19. L. 90 pr. D. 29, 2. L. 5. C. 6, 30.

4) L. 4 C. 6, 39.

5) L. 18 pr.—§ 3 C. 6, 30.

6) L. 7 pr. C. 5, 70. Ср. ниже § 20, III.

7) L. 1 § 1 D. 37, 1 L. 6 § 4 D. 36, 1.

8) L. 17 pr. L. 22. 32 D. 29, 2. Cf. L. 19. 93 pr. D. eod.

mento, ab intestato [9]), а также, является ли оно въ роли heres voluntarius или heres necessarius [10]) (о послѣднемъ понятіи см. ниже въ этомъ §). Вступленіе въ наслѣдство должно быть сдѣлано послѣ открытія наслѣдства [11]), и притомъ *безусловно* и безъ всякихъ оговорокъ, иначе оно не имѣетъ значенія [12]). Если наслѣдникъ призванъ къ нѣсколькимъ долямъ то, принявши одну, онъ считается принявшимъ и остальныя, хотя бы онѣ открылись ему позже [13]).

4) *Форма* изъявленія воли была различной въ разныя эпохи. Первоначально былъ необходимъ особый торжественный актъ — cretio. Въ позднѣйшее время aditio hereditatis могла быть совершена въ любой формѣ: открытымъ выраженіемъ воли (hereditatis aditio въ тѣсномъ смыслѣ), или же путемъ совершенія такихъ дѣйствій, изъ которыхъ можно вывести наличность воли принять наслѣдство, напр., путемъ продажи вещей изъ наслѣдственной массы, взысканія долговъ съ должниковъ наслѣдства и т. д. (*pro herede gestio* [14]).

5) Что касается *срока* вступленія въ наслѣдство, то онъ можетъ быть опредѣленъ въ самомъ завѣщаніи [15]). Если же такого распоряженія въ *завѣщаніи* нѣтъ, то *кредиторы* наслѣдства, которые заинтересованы въ томъ, чтобы какъ можно скорѣе появилось лицо, отвѣчающее за долги наслѣдства, могутъ вызвать въ судъ наслѣдника для отвѣта на вопросъ, принимаетъ ли онъ наслѣдство или нѣтъ, и въ случаѣ его отказа дать отвѣтъ, потребовать открытія конкурса надъ наслѣдствомъ (venditio bonorum defuncti) [16]). Наслѣдникъ, впрочемъ, можетъ предотвратить конкурсъ, испросивъ у магистрата срокъ на размышленіе (*spatium deliberandi* [17]); этотъ срокъ до Юстиніана равнялся 100 днямъ [18]). По эдикту лицо, не принявшее наслѣдство въ теченіе этого срока, признавалось отрекшимся. По закону Юстиніана spatium deliberandi должно быть не свыше 9 мѣсяцевъ (если срокъ назначается императоромъ, то онъ можетъ достигать 1 года [19]). Въ теченіе этого срока призванное къ наслѣдству лицо должно составить инвентарь наслѣдства (иначе кредиторы получатъ право, при выдачѣ имъ наслѣдства въ случаѣ отказа отъ вступленія, опредѣлить размѣры наслѣдства своимъ показаніемъ подъ присягою) и принять рѣшеніе относительно пріобрѣтенія или отказа отъ наслѣдства. Если въ теченіе етого tempus deliberandi лицо, призванное къ наслѣд-

---

[9]) L. 17 § 1 L. 22. D. 29, 2.

[10]) L. 15, 16 D. 29, 2. Подробности см. у *Windscheid* § 597, 2—3 *Dernburg* III § 161 пр. 5, 6.

[11]) L. 21 § 2 L. 18 pr. D. 29. 2. *Windscheid,* § 597, 1.

[12]) L. 77 D. 50, 17. L. 51 § 2 D. 29, 2. — Ср. впрочемъ L. 1. 10 D. 29, 2; ниже § 22, 1 *Windscheid,* § 597, 4.

[13]) L. 20 C. 6, 30. L. 80 pr. D. 29, 2. *Windscheid,* § 597, пр. 11. § 602, 2. *Dernburg,* III § 162, 2.

[14]) § 7 J. 2, 19. L. 4, 5 C 6, 30. L. 20 pr. D. 29, 2. Общ. ч. § 38 пр. 2.

[15]) L. 72 D. 29, 2.

[16]) L. 2. 3. 5. 6 D. 11, 1 Gai 2, 167. Имѣютъ ли это право легатаріи, субституты и т. д.? Въ утверд. смыслѣ *Windscheid,* § 598, пр. 5. *Баронъ,* § 419 пр. 39 — 40. Отрицательно *Dernburg,* III § 164, 3.

[17]) L. 9 C. 6, 30. L. 5 D. 11, 1.

[18]) L. 2 D. 28, 8.

[19]) L. 22 § 13 C. 6, 30.

ству, не выразитъ никакого рѣшенія, то по юстиніанову праву оно считается вступившимъ въ наслѣдство [20]).

Лицо, которое не желало принять открывшееся ему наслѣдство, первоначально могло только пропустить назначенный ему для принятія срокъ, въ частности срокъ на совершеніе cretio (praetermittere hereditatem). Позднѣе была признана возможность совершить *отказъ отъ наслѣдства* (repudiare hereditatem, recusare). Этотъ отказъ подлежитъ въ общемъ тѣмъ же правиламъ, какъ и aditio hereditatis [21]), и состоитъ въ неформальномъ изъявленіи воли призваннаго къ наслѣдству лица [22]). Отказъ отъ наслѣдства не можетъ быть сдѣланъ представителемъ (кромѣ представителя юридическаго лица [23]).

Особыя правила установлены для пріобрѣтенія и отказа отъ наслѣдства, открывающагося *подвластнымъ дѣтямъ*. Эти дѣти могутъ пріобрѣтать наслѣдство съ согласія отца [24]). Если отецъ не даетъ согласія, то подвластный (если онъ болѣе не infans) можетъ самостоятельно пріобрѣсти наслѣдство, и оно дѣлается его bonum adv. irregulare [25]). Отказъ отъ наслѣдства можетъ быть сдѣланъ отцомъ за подвластнаго моложе 7 лѣтъ (infans). Другіе подвластные отказываются съ согласія отца; если отецъ не даетъ согласія на отказъ, они могутъ отказаться самостоятельно, и тогда отецъ можетъ пріобрѣсти наслѣдство для себя (см. ниже § 21 п. 4) [26]).

B. Есть, однако, случаи, въ которыхъ лицо, призванное къ наслѣдству, ***пріобрѣтаетъ наслѣдство въ самый моментъ открытія наслѣдства помимо своей воли.*** Здѣсь, слѣдовательно, не требуется особой aditio hereditatis; моменты открытія наслѣдства и его пріобрѣтенія совпадаютъ. Въ этихъ случаяхъ мы говорилъ о т. наз. *heredes necessarii* въ отличіе отъ heredes voluntarii, о которыхъ рѣчь шла до сихъ поръ. Римское jus civile знало два такихъ случая: 1) *Heredes sui et necessarii* были ***подвластныя дѣти наслѣдодателя, которыя стояли непосредственно*** [27]) ***подъ его властью въ моментъ его смерти***, или которыя стояли бы подъ нею, если бы онъ не умеръ въ періодъ между ихъ зачатіемъ и рожденіемъ (postumi [28]). Эти непосредственные подвластные суть heredes necessarii безразлично, наслѣдуютъ ли они ex testamento или ab intestato. 2) *Heres necessarius* былъ *servus cum libertate institutus*, т.-е. рабъ завѣщателя, который въ завѣщаніи отпущенъ на свободу и назначенъ наслѣдникомъ [29]).

Положеніе о heredes necessarii не было тягостно для sui въ тѣ эпохи, когда нравы и экономическія отношенія были просты. Но когда слишкомъ обремененныя долгами наслѣдства сдѣлались обыкновеннымъ явленіемъ, ***преторъ*** призналъ несправедливымъ обязывать подвластныхъ нерадиваго о своемъ имуществѣ наслѣдодателя во что бы то ни стало дѣлаться его наслѣдниками и подвергаться позорящему ихъ конкурсному производству и venditio bonorum

---

20) L. 22 § 14 C. 6, 30.
21) L. 18 L. 13 § 1 L. 15 L. 17 § 1 L. 23, 97 D. 29, 2. *Windscheid*, § 599.
22) L. 95 D. 29, 2.
23) L. 2 D. 1, 19.
24) L. 18 § 4 C. 6, 30.
25) L. 8 pr. § 1 C. 6, 61.
26) L. 8 C. 6, 61.
27) Или восходящіе которыхъ эксгередированы. L. 6 § 5 D. 29, 2. L. 13 D. 38, 2.
28) L. 15. 16 D. 29, 2. § 2—3 J. 2, 19.
29) Gai. 2, 153. 154. § 1 J. 2, 19.

вслѣдствіе недостаточности имущества. Въ силу этихъ соображеній преторъ въ своемъ эдиктѣ создалъ *для heredes sui et neccessarii* (но не для servus cum libertate institutus [30]) т. наз. *beneficium abstinendi*. Это beneficium abstinendi состоитъ въ томъ, что suus heres можетъ избавиться отъ всѣхъ послѣдствій пріобрѣтенія наслѣдства, если онъ воздержится отъ всякаго вмѣшательства въ дѣла наслѣдства [31]). Тогда онъ сохраняетъ за собою только nudum nomen heredis [32]), но фактически не пріобрѣтаетъ наслѣдства, завѣщаніе въ его пользу остается номинально въ силѣ (въ частности отпущенія на волю), а bonorum possessio дается его субститутамъ и сонаслѣдникамъ (въ силу jus accrescendi), или, наконецъ, наслѣдникамъ ab intestato [33]). Если нужно, то такому suus et neccessarius heres по требованію кредиторовъ можетъ быть поставленъ срокъ (spatium deliberandi), въ теченіе котораго онъ долженъ окончательно осуществить свое beneficium abstinendi или же сдѣлаться наслѣдникомъ, вмѣшавшись въ дѣла наслѣдства [34]).—Введеніе benef. abstinendi сблизило положеніе heres suus et neccessarius съ положеніемъ heres voluntarius: первый долженъ сдѣлать особое изъявленіе воли, чтобы не пріобрѣсти наслѣдства, а второй долженъ совершить изъявленіе воли (aditio hereditatis), чтобы пріобрѣсти наслѣдство.

II. Что касается *bonorum possessio*, то она пріобрѣтается нѣсколько иначе, чѣмъ пріобрѣтается hereditas по jus civile. Разница состоитъ въ томъ, что bonorum possessio *пріобрѣтается только черезъ испрашиваніе ея* (bonorum possessionem agnoscere, petere) *у должностного лица* (претора [35]), такъ что bonorum possessor можетъ быть только voluntarius, но не necessarius. Испрашивать bonorum possessio можно въ теченіе опредѣленнаго *срока:* въ теченіе года со времени открытія наслѣдства, если призванное лицо—восходящій или нисходящій наслѣдодателя, и въ теченіе 100 дней въ другихъ случаяхъ; срокъ исчисляется utiliter [36]) (см. Общ. ч. § 51 въ концѣ). Испрашивать bon. possessio можно и тогда, когда еще неизвѣстно, откроется ли для испрашивающаго лица наслѣдованіе по завѣщанію или ab intestato [37]). Рѣшеніе испросить bonorum possessio не можетъ быть принято, по общему правилу, черезъ законнаго представителя (за исключеніемъ представителя юридическаго лица [38]), или опекуна impuberis [39]), но оно можетъ быть принято черезъ представителя, назначеннаго самимъ призваннымъ къ наслѣдству лицомъ (т.-е. черезъ мандатарія) [40]).

Отказъ отъ bonorum possessio совершается тѣмъ, что управомоченное лицо прямо заявляетъ о своемъ отказѣ или же допускаетъ истеченіе установленнаго для испрашиванія bon. possessio срока, не пользуясь своимъ правомъ [41]).

---

30) L. 57 § 2 D. 29, 2; но онъ имѣлъ beneficium separationis — Gai 2, 155. *Girard* стр. 889.
31) L. 20 § 4 L. 87 pr. D. 29, 2. § 5 J. 2, 19. Ср. L. 11 L. 57 pr. § 1 D. 29, 2.
32) L. 2 § 8 D. 38, 17. L. 20 § 4 D. 29, 2. L. 12 pr. D. 11, 1.
33) L. 44 D. 42, 1. L. 55, 56 D. 29, 2. L. 1 § 7 D. 29, 4. L. 6 C. 6, 58.
34) L. 7 pr. L. 8 D. 28, 8. L. 19 C. 6, 30.
35) L. 6 C. 6, 9. § 11 J. 3, 9.
36) § 9. 11 J. 3, 9.
37) L. 84 D. 29, 2. L. 4 § 3 L. 5 D. 37, 4.
38) L. 3 § 4 D. 37, 1.
39) L. 67 (65) § 3 D. 36, 1. L. 18 § 2 C. 6, 30.
40) L. 48 D. 29, 2. L. 3 § 7 L. 15, 16 D. 37, 1.
41) § 10 J. 3, 9.

§ 20. Провизорное пріобрѣтеніе наслѣдства.

Есть нѣсколько особенныхъ случаевъ, когда претендентъ на наслѣдство получастъ наслѣдственное имущество только провизорно, т.-е. онъ *временно получаетъ владѣніе этимъ имуществомъ*, но окончательное рѣшеніе вопроса о томъ, кто будетъ наслѣдникомъ, откладывается на будущее время. Сюда относятся слѣдующіе случаи:

I. *Bonorum possessio ventris nomine.* Если въ моментъ смерти наслѣдодателя на лицо embryo, зачатый и находящійся въ утробѣ матери зародышъ, которому должно достаться наслѣдство въ случаѣ его рожденія живымъ, то беременная женщина можетъ потребовать ввода ея во владѣніе наслѣдствомъ до разрѣшенія беременности [1]). Она имѣетъ безусловно право на этотъ вводъ во владѣніе, если зародышъ будущій нисходящій наслѣдодателя; если-же онъ extraneus, назначенный наслѣдникомъ, то она можетъ требовать ввода во владѣніе наслѣдствомъ только, когда она не имѣетъ иныхъ средствъ къ существованію [2]). Получивши владѣніе наслѣдствомъ, беременная женщина можетъ брать алименты изъ наслѣдства и истраченное на нихъ не подлежитъ возвращенію даже, если ожидаемый отъ нея наслѣдникъ не родится [3]).

II. *Bonorum possessio ex Carboniano edicto.* Это bonorum possessio дается провизорно малолѣтнему (impubes) на время малолѣтства, если его право на наслѣдство зависитъ отъ того, принадлежитъ ли онъ къ числу дѣтей наслѣдодателя, и это обстоятельство оспаривается [4]). Рѣшеніе спора откладывается обыкновенно до наступленія его pubertas [5]); но по его просьбѣ ему можетъ быть дано временное владѣніе наслѣдствомъ, если преторъ, по предварительной cognitio, найдетъ, что притязаніе impuberis на наслѣдство не представляется явно ничѣмъ не обоснованнымъ [6]). Если малолѣтній, получая эту bonorum possessio, представитъ обезпеченіе (satisdatio) въ томъ, что онъ вернетъ наслѣдство въ случаѣ проигрыша спора, онъ можетъ брать алименты изъ наслѣдства (которыхъ онъ не обязанъ возвращать [7]) и управлять наслѣдственнымъ имуществомъ [8]). Если же онъ этого обезпеченія не дастъ, то его противникъ вводится въ совладѣніе имуществомъ и можетъ получить право управленія имъ, представивши обезпеченіе [9]). Въ этомъ случаѣ алименты выдаются изъ наслѣдства лишь при наличности крайней необходимости [10]).

III. *Bonorum possessio furiosi nomine.* Если наслѣдство открывается душевнобольному [11]), то его curator можетъ испросить временную bon. possessio и въ случаѣ нужды брать алименты для furiosus изъ наслѣдства [12]).

---

1) Для управленія имуществомъ назначался особый curator ventris et bonorum. L. 1 § 17—26. L. 5 D. 37, 9.
2) L. 6 D. 37, 9.
3) L. 1 § 19, 28 L. 3, 5 D. 37, 9.
4) L. 1 pr. D. 37, 10.
5) L. 3 § 5 D. 37, 10.
6) L 3 § 4 D. 37, 10.
7) L. 5 § 3 L. 6 § 5 D. 37, 10.
8) L. 15 D. 37, 10.
9) L. 5 § 2, 5. D. 37, 10.
10) L. 5 § 3 D. 37, 10.
11) Не стоящему подъ отеческой властью; см. выше § 19 I, 2 пр. 6.
12) L. 7. C. 5, 70. L. 51 pr. D. 5. 3.

Furiosus можетъ сдѣлаться наслѣдникомъ, если выздоровѣетъ и совершитъ aditio hereditatis. Если же онъ умретъ въ сумасшествіи или, по выздоровленіи, откажется отъ наслѣдства, то оно переходитъ къ слѣдующему ближайшему наслѣднику наслѣдодателя, который будетъ налицо въ моментъ смерти сумасшедшаго или его отказа отъ наслѣдства. Если curator furiosi не испрашиваетъ этой bonorum possessio, то владѣніе наслѣдствомъ можетъ испросить наслѣдникъ, слѣдующій за furiosus, при условіи представленія cautio на случай, что другое лицо сдѣлается впослѣдствіи окончательно наслѣдникомъ [13]).

IV. *Наслѣдникъ, назначенный подъ суспензивнымъ условіемъ*, можетъ испросить bonorum possessio secundum tabulas на время, пока условіе будетъ in pendenti (см. выше § 8, III, 1).

§ 21. Transmissio hereditatis.

I. Относительно *открытія наслѣдства* (delatio hereditatis) слѣдуетъ отмѣтить слѣдующее общее правило: за исключеніемъ случаевъ наслѣдованія heres suus et necessarius, delatio hereditatis (ex testamento или ab intestato) сообщаетъ лицу, которому наслѣдство открылось, *строго личную способность пріобрѣсти наслѣдство;* эта способность не переходитъ на наслѣдниковъ этого лица и вообще не можетъ переходить на какихъ-либо другихъ лицъ [1]). *Если лицо, которому открылось наслѣдство, умретъ, не совершивъ пріобрѣтенія наслѣдства, то открывшееся ему наслѣдство открывается вторично уже не его собственнымъ наслѣдникамъ, а слѣдующему за нимъ наслѣднику самого наслѣдодателя.*

II. Однако, изъ этого общаго правила допускаются *исключенія.* Бываетъ, что въ случаѣ непріобрѣтенія наслѣдства тѣмъ лицомъ, въ пользу котораго оно открылось, оно можетъ быть пріобрѣтено не слѣдующимъ по очереди наслѣдникомъ наслѣдодателя, а другимъ лицомъ, которое опирается на первое открытіе наслѣдства, т.-е. основываетъ свою способность къ пріобрѣтенію наслѣдства не на своихъ отношеніяхъ къ наслѣдодателю, а на своихъ отношеніяхъ къ тому лицу, въ пользу котораго уже раньше открылось наслѣдство. Такой случай называется *transmissio hereditatis*. Большею частью такая transmissio происходитъ въ пользу наслѣдниковъ того лица, которое не могло воспользоваться delatio hereditatis въ свою пользу; но иногда transmissio совершается и въ пользу другихъ лицъ (напримѣръ, въ пользу домовладыки). Въ послѣдующемъ изложеніи мы будемъ называть лицо, которому открылось наслѣдство, *делятомъ* (слѣдуя нѣмецкой терминологіи).

III. Отдѣльные случаи transmissio hereditatis, число которыхъ было увеличено Юстиніаномъ, состоятъ въ слѣдующемъ [2]).

1. *Transmissio Justinianea* [3]). Это самый общій случай; онъ въ сущности представляетъ почти полную отмѣну установленнаго выше правила о строго

---

[13]) L. 1. D. 37, 3.

[1]) L. 7. C. 6, 30. L. 1 § 5. C. 6, 51; о bonorum possesio тоже самое въ L. 3 § 7 D. 37, 1.

[2]) О т. наз. transmissio ex capite suitatis см. *Windscheid*, § 600 пр. 2. *Баронъ* § 424 in fine.

[3]) L. 19. C. 6. 30. *Windscheid*, § 600, I. *Dernburg*, III, § 166, 3. *Баронъ*, § 424, III, 4.

личномъ характерѣ способности къ пріобрѣтенію наслѣдства, вытекающей изъ delatio hereditatis. Состоитъ онъ въ слѣдующемъ. Если делятъ умеръ, не воспользовавшись возможностью совершить aditio hereditatis, и со времени извѣщенія делята объ открытіи ему наслѣдства не прошло еще года, или онъ умеръ во время spatium deliberandi, то его наслѣдники могутъ пріобрѣсти открывшееся ему наслѣдство.

2. *Transmissio Theodosiana* [4]). Если наслѣдниками по завѣщанію назначены нисходящіе наслѣдодателя, и эти наслѣдники умрутъ по открытіи имъ наслѣдства, но до вскрытія завѣщанія, то ихъ собственные нисходящіе могутъ пріобрѣсти наслѣдство вмѣсто нихъ, если сами станутъ ихъ наслѣдниками.

3. *Transmissio ex capite in integrum restitutionis* [5]). Если делятъ не пріобрѣлъ наслѣдства по такой причинѣ, которая давала ему основаніе просить объ in integrum restitutio, напримѣръ, вслѣдствіе отсутствія rei publicae causa, то его наслѣдники могутъ вмѣсто него просить объ in integrum restitutio и принять наслѣдство для себя. При этомъ безразлично, потерялъ ли уже самъ делятъ способность къ пріобрѣтенію наслѣдства вслѣдствіе указанной причины [6]), или же эта способность еще не была утрачена самимъ делятомъ при жизни, но отпала вслѣдствіе его смерти, послѣдовавшей раньше пріобрѣтенія наслѣдства [7]).

4. *Transmissio ex jure patrio.* Если подвластному открылось наслѣдство, и онъ вопреки волѣ отца отказывается пріобрѣсти его, то его домовладыка можетъ пріобрѣсти наслѣдство для себя (см. § 19, I, A въ концѣ [8]),

5. *Transmissio ex capite infantiae.* Если наслѣдство открылось ребенку моложе 7 лѣтъ (infans), то его отецъ (безразлично, имѣетъ-ли онъ patria potestas или нѣтъ) можетъ пріобрѣсти наслѣдство за него и для него (см. выше § 19, I, A, 2); но, если infans умретъ раньше, нежели отецъ успѣетъ сдѣлать это пріобрѣтеніе наслѣдства для сына, то отецъ можетъ пріобрѣсти наслѣдство для себя [9]).

IV. Въ связи съ этими случаями transmissio разсмотримъ вопросъ: *можетъ ли делятъ посредствомъ юридической сдѣлки перенести на другое лицо способность совершить пріобрѣтеніе открывшагося ему наслѣдства?* Въ древнемъ и классическомъ правѣ такое перенесеніе допускалось, если наслѣдство открылось ab intestato; способность пріобрѣсти hereditas delata sed nondum adquisita переносилась на новаго пріобрѣтателя посредствомъ торжественнаго обряда in jure cessio [10]). Въ юстиніановомъ правѣ in jure cessio исчезла. Тѣмъ не менѣе, въ юстиніановы Дигесты попало мѣсто, относящееся къ этой in jure cessio hereditatis ab intestato delatae. Это—L. 4 § 28 D. 44, 4. Ulpianus libro 76 ad edictum. Но терминъ „in jure cessio“ компиляторы замѣнили терминомъ cessio. Мѣсто гласитъ: „Si,

---

[4]) L. 1 C. 6, 52. L. 1 § 5 C. 6, 51. *Windscheid*, § 600, 2. *Dernburg*, III § 166, 2. *Баронъ*, § 424, III, 3.

[5]) *Windscheid*, § 600, 3. *Dernburg*, III § 166, 1. *Баронъ*, § 424, III, 1.

[6]) L. 24 § 2 i. f. D. 4, 4. L. 1 C. 2, 50 (51).

[7]) L. 86 pr. D. 29, 2.

[8]) L. 8 pr. § 1. 2 C. 6, 61. *Windscheid*, § 601, 1. *Баронъ*, § 424. пр. 18.

[9]) L. 18 § 1, 3 C. 6, 30. *Windscheid*, § 601, 2. *Dernburg*, § 166, 4. *Баронъ*, 424 пр. 17.

[10]) Gai 2, 34—37; 3, 85—87. Ulp. 19, 13—14.

cum legitima hereditas Gaji Seji ad te perveniret et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum, ne adeam hereditatem, et posteaquam ego repudiavi hereditatem, tu eam Sempronio cesseris pretio accepto isque a me petat hereditatem: exceptionem doli mali ejus, qui ei cessit, non potest pati". Споренъ вопросъ, представляетъ ли это мѣсто въ Дигестахъ достаточное основаніе для того, чтобы признать возможность совершать и по юстиніанову праву передачу способности, возникающей изъ delatio hereditatis ab intestato, несмотря на исчезновеніе торжественнаго способа передачи—in jure cessio [11]). In jure cessio *adquisitae* hereditatis не представляла сдѣлки наслѣдственнаго права и равносильна передачѣ отдѣльныхъ наслѣдственныхъ вещей.

§ 22. Предметъ пріобрѣтенія. Jus accrescendi.

I. Предметомъ пріобрѣтенія наслѣдства всегда считается *все наслѣдство*. Это признается даже въ томъ случаѣ, когда пріобрѣтатель, совершая aditio hereditatis, направилъ свою волю на пріобрѣтеніе только части наслѣдства (напримѣръ, той части, которая должна ему достаться ab intestato, или той, въ которой онъ назначенъ наслѣдникомъ по завѣщанію). Если даже наслѣдникъ, дѣлая aditio hereditatis, открыто ограничилъ свое вступленіе въ наслѣдство какой-либо частью наслѣдства, то подобное ограниченіе считается недѣйствительнымъ; онъ все-таки дѣлается наслѣдникомъ въ томъ объемѣ, въ какомъ онъ призванъ къ наслѣдству [1]).

II. Изъ этого общаго правила вытекаетъ одно важное слѣдствіе: каждый наслѣдникъ, пріобрѣтшій наслѣдство, считается эвентуально пріобрѣтшимъ все наслѣдственное имущество. Если наслѣдниковъ по закону или по завѣщанію нѣсколько, и если даже для наслѣдниковъ въ завѣщаніи указаны опредѣленныя доли, то и въ этомъ случаѣ каждый наслѣдникъ эвентуально пріобрѣтаетъ со вступленіемъ въ наслѣдство право на все наслѣдственное имущество. Слѣдовательно, если затѣмъ отдѣльные наслѣдники, вступившіе въ наслѣдство, получаютъ лишь части наслѣдственной массы, то это значитъ, что они неизбѣжно ограничиваютъ другъ друга при реализаціи своихъ правъ на наслѣдство. Они тогда по необходимости приходятъ къ раздѣлу наслѣдства между собою: concursu partes fiunt [2]). Но въ принципѣ каждый изъ сонаслѣдниковъ управомоченъ на все наслѣдство. Это сказывается въ томъ, что если одно изъ лицъ, призванныхъ къ наслѣдству вмѣстѣ съ другими, не пріобрѣтетъ наслѣдства, то его часть дѣлится между остальными наслѣдниками. Источники говорятъ въ этомъ случаѣ о *jus accrescendi*: доля лица, не пріобрѣтшаго наслѣдства, какъ бы прирастаетъ къ долямъ другихъ лицъ, притомъ независимо отъ того, пріобрѣтены-ли эти доли или нѣтъ. Изъ сказаннаго, однако, ясно, что это названіе не точно: суть дѣла состоитъ въ томъ, что при отпаденіи одного изъ призванныхъ лицъ, остальныя лица, вмѣстѣ съ ними

---

[11]) Въ утвердит. смыслѣ рѣшаетъ вопросъ *Windscheid*, § 601, 3; въ отрицательномъ *Dernburg* III, § 167. *Arndts* § 512 пр. 1.

[1]) L. 1. 10 D. 29, 2. См. выше § 19 пр. 12, 13.

[2]) L 80 D. 32. Celsus 35 dig. Conjunctim heredes institui aut conjunctim legari hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. Cp. L. 1 § 3 D. 7. 2.

призванныя, въ меньшей мѣрѣ стѣсняютъ теперь другъ друга при осуществленіи своихъ правъ на все наслѣдственное имущество, чѣмъ прежде, и въ результатѣ каждый изъ нихъ получаетъ бо́льшую долю всего имущества. Правильнѣе было бы, слѣдовательно, сказать, что въ случаѣ отпаденія одного изъ сонаслѣдниковъ доли другихъ „non decrescunt“ [3]).

Въ частности относительно jus accrescendi приняты слѣдующія правила:

1) Приращеніе наступаетъ только въ томъ случаѣ, если послѣ отпаденія одного изъ сонаслѣдниковъ на освободившуюся часть наслѣдства не имѣетъ права *особый преемникъ въ лицѣ субститута* [4]) (§ 10 выше).—Какъ было замѣчено уже въ § 13, III, спорепъ вопросъ, должно ли jus accrescendi при наслѣдованіи ab intestato наступать только тогда, когда нѣтъ преемниковъ слѣдующей степени (successio graduum) для сонаслѣдника, непринявшаго наслѣдства, т.-е. осуществляется ли jus accrescendi между сонаслѣдниками предпочтительно передъ successio graduum.

2) Jus accrescendi дѣйствуетъ *независимо отъ воли сонаслѣдниковъ, въ пользу которыхъ оно наступаетъ*. Чтобы пріобрѣсти вакантную часть въ силу jus accrescendi, сонаслѣдникъ не долженъ совершить новой aditio [5]). Если сонаслѣдникъ, вступившій въ наслѣдство, уже умеръ, когда освободилась доля другого сонаслѣдника, то эта освободившаяся доля прирастаетъ къ долѣ умершаго сонаслѣдника, хотя первоначальная доля уже перешла по наслѣдству къ наслѣдникамъ умершаго сонаслѣдника (portio portioni accrescit, non personae) [6]).

3) Правила о томъ *въ пользу какихъ именно лицъ дѣйствуетъ* jus accrescendi, различны для наслѣдованія ex testamento и ab intestato.

a) При наслѣдованіи *ex testamento* доля, не пріобрѣтенная однимъ изъ наслѣдниковъ, по общему правилу, приростаетъ ко всѣмъ остальнымъ наслѣдникамъ пропорціонально ихъ долямъ въ наслѣдствѣ [7]). Если же доля наслѣдства не пріобрѣтена такимъ наслѣдникомъ, который былъ re conjunctus или re et verbis conjunctus съ нѣкоторыми изъ остальныхъ сонаслѣдниковъ, то jus accrescendi дѣйствуетъ сперва только въ пользу сонаслѣдниковъ, которые были conjuncti съ отказавшимся сонаслѣдникомъ, и только послѣ этого наступаетъ въ пользу остальныхъ сонаслѣдниковъ, т.-е. въ томъ случаѣ, когда coheredes conjuncti не пріобрѣтутъ наслѣдства [8]). Простая verbis tantum conjunctio не имѣетъ значенія для jus accrescendi [9]). Объ этихъ видахъ conjunctio сказано было выше въ § 9, III, a.

b) При наслѣдованіи *ab intestato* jus accrescendi осуществляется въ зависимости отъ тѣхъ началъ, на которыхъ въ данномъ случаѣ дѣлится наслѣдство (см. о дѣленіи наслѣдства ab intestato выше § 13): если наслѣдство дѣлится поголовно — in capita, то jus accrescendi имѣетъ мѣсто въ пользу всѣхъ сонаслѣдниковъ равномѣрно; если оно дѣлится поколѣнно—in stirpes—или полинейно—in lineas, — то jus accrescendi сперва наступаетъ въ пользу наслѣдниковъ, принадлежащихъ къ тому же колѣну—stirps — или линіи, къ

---

[3]) См. къ этому *Windscheid*, § 603 пр. 2a.
[4]) L. 2 § 8 D. 37, 11. L. 1 § 3. 4. 7 C. 6, 51.
[5]) L. 31. 53 § 1 D. 29, 2. L. 2 § 8 D. 37, 11. L. 1 § 10 C. 6, 51.
[6]) L. 26 § 1 D. 35, 1. L. 9 D. 38, 16. L. 1 § 10 C. 6, 51.
[7]) L. 60 (59) § 3 L. 64 (63) L. 67 (66) D. 28, 5.
[8]) L. 60 (59) § 3 D. 28, 5. L. 1 § 10 C. 6, 51. *Windscheid* § 604 пр. 2.
[9]) L. 66 (67). D. 28, 5. *Windscheid* § 604 пр. 3.

которымъ принадлежалъ отпавшій делятъ, и только въ случаѣ непріобрѣтенія наслѣдства всѣми лицами, призванными въ этомъ колѣнѣ или этой linea, jus accrescendi наступаетъ въ пользу остальныхъ сонаслѣдниковъ [10]).

§ 23. Уничтоженіе уже состоявшагося пріобрѣтенія наслѣдства. Ereptio.

I. Разъ лицо пріобрѣло открывшееся ему наслѣдство, т.-е. сдѣлалось heres, оно навсегда остается наслѣдникомъ, по правилу: *semel heres semper heres*. Резолютивныя условія и всякаго рода сроки при назначеніи наслѣдника имѣли силу только въ солдатскомъ завѣщаніи (см. выше § 8, III).

II. Однако, есть рядъ особенныхъ случаевъ, когда *уже состоявшееся пріобрѣтеніе наслѣдства теряетъ затѣмъ силу и считается какъ бы не наступившимъ*. Это бываетъ при слѣдующихъ условіяхъ:

1. Если *вступившее въ наслѣдство лицо* испроситъ *in integrum restitutio* противъ своей aditio hereditatis. Основаніями для такой просьбы могутъ служить: minor aetas [1]) и принужденіе ко вступленію [2]). Заблужденіе относительно размѣра актива и пассива наслѣдства не является достаточнымъ основаніемъ (такъ какъ, по юстиніанову праву, наслѣдникъ всегда можетъ отклонить отъ себя, вступая въ наслѣдство, отвѣтственность своимъ имуществомъ за долги наслѣдства; ему стоитъ только воспользоваться такъ наз. beneficium inventarii; см. § 24 ниже) [3]). Если наслѣднику дана in integrum restitutio, то наслѣдство переходитъ къ слѣдующему за нимъ наслѣднику наслѣдодателя, т.-е. къ субституту, сонаслѣднику (въ силу jus accrescendi) или къ наслѣдникамъ ab intestato [4]).

2. Если *heres suus et necessarius*, который пріобрѣтаетъ наслѣдство въ моментъ его открытія, воспользуется *beneficio abstinendi* (выше § 19).

3. Если *завѣщаніе,* на основаніи котораго наслѣдникъ вступилъ въ наслѣдство, оспорено и лишено силы. Сюда относятся слѣдующіе случаи: a) если противъ завѣщанія вчинена querela inofficiosi testamenti (§ 17); b) если назначеніе наслѣдника въ данномъ завѣщаніи состоялось подъ вліяніемъ принужденія (см. выше § 8, I).

4. Если *лицо, которое не пріобрѣло наслѣдства* вслѣдствіе своего отказа или по иной причинѣ, *испроситъ in integrum restitutio* противъ своего непріобрѣтенія наслѣдства. Въ такомъ случаѣ это лицо дѣлается наслѣдникомъ, а то лицо, которое пріобрѣло уже наслѣдство вмѣсто него, перестаетъ быть наслѣдникомъ [5]).

5. Если лицо, пріобрѣтшее наслѣдство, признается *недостойнымъ наслѣдства—indignus* — и наслѣдство у него отнимается, eripitur ut indigno: поэтому оно называется bona ereptoria. Основаній, по которымъ лицо можетъ

---

10) L. 12 pr. D 37, 4.
1) L. 57 § 1 D. 29, 2. L. 1. C. 2, 39. § 5 J. 2, 19.
2) L. 21 § 5 D. 4, 2. L 85 D. 29, 2.
3) § 6 J. 2, 19.
4) L. 6 § 3 D. 38, 2. L. 1 § 10 L. 2 § 10 D. 38, 17. L. 7 § 10 D. 4, 4. L. 61 D. 29, 2 cf. L. 2 D. 38, 9.—См. сверхъ того L. 8 § 6 C. 6, 61.
5) L. 1, 2 C. 2, 39 (40). L. 2 C. 2, 38 (39).

быть признано недостойнымъ, очень много [6]). Сюда относятся: 1) нѣкоторые проступки наслѣдника противъ личности завѣщателя (напримѣръ умышленное или неосторожное причиненіе его смерти [7]), оставленіе безъ помощи душевнобольного завѣщателя [8]); 2) проступки противъ самого содержанія послѣдней воли завѣщателя (напр., неосновательное предъявленіе querela inofficiosi testamenti [9]); принятіе, со стороны наслѣдника, мѣръ къ тому, чтобы помѣшать наслѣдодателю совершить или измѣнить завѣщаніе [10]) (см. выше § 8, I); 3) совершеніе нѣкоторыхъ дѣяній, запрещенныхъ закономъ (напр., обѣщаніе наслѣдника завѣщателю выдать наслѣдство лицу, не имѣющему capacitas [11]) (см. о capacitas выше § 8, II); преступная связь женщины-наслѣдницы съ наслѣдодателемъ [12]); 4) наконецъ, основаніемъ для ereptio можетъ служить воля самого наслѣдодателя (напр., послѣдній заявилъ о недостойности назначеннаго въ его завѣщаніи наслѣдника [13]) или вычеркнулъ его имя изъ завѣщанія [14]).

Во всѣхъ этихъ случаяхъ indignus сохраняетъ только nomen heredis и jus sepulchri. Но онъ фактически теряетъ всякое отношеніе къ наслѣдству: утрачиваетъ права на активъ наслѣдства и перестаетъ отвѣчать за долги наслѣдства [15]). Если его собственныя права требованія къ наслѣдодателю и jura in re на вещи наслѣдодателя уничтожились вслѣдствіе aditio hereditatis (на основаніи confusio; см. § 24, I, 1), то эти права послѣ ereptio не возстановляются [16]). Мѣсто наслѣдника занимаетъ, обыкновенно, фискъ. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ вслѣдствіе ereptio наслѣдство передается другимъ лицамъ; такъ, когда ereptio наступаетъ вслѣдствіе того, что наслѣдникъ оставилъ безъ помощи душевнобольного наслѣдодателя, наслѣдство отдается лицу, принявшему на себя попеченіе о наслѣдодателѣ [17]). Лицо, получающее наслѣдство вслѣдствіе ereptio (эрипіентъ), вполнѣ замѣняетъ наслѣдника [18]); оно должно платить долги наслѣдства и выдать легаты, назначенные въ завѣщаніи [19]).

Глава VI. Послѣдствія пріобрѣтенія наслѣдства.

§ 24. Представленіе наслѣдникомъ личности наслѣдодателя.

I. Положеніе наслѣдника, пріобрѣтшаго открывшееся ему наслѣдство, опредѣляется нерѣдко въ современной литературѣ [1]) и даже въ источникахъ [2])

---

6) Полный перечень см. у *Windscheid* § 670—673. *Arndts* § 520 пр. 2. *Баронъ* § 226.
7) L. 3 D. 34, 9. L. 10 C. 6, 35.
8) Nov. 115 c. 3 § 12.
9) L. 8 § 14 D. 5, 2.
10) L. 19 D. 34, 9.
11) L. 10. 11. 18. 23 D. 34, 9.
12) L. 14 D. 34, 9. L. 41 § 1 D. 29, 1. *Dernburg* III, § 60 пр. 11.
13) L. 4 C. 6, 35.
14) L. 12 D. 34, 9.
15) L. 9 § 2 L. 18 D. 34, 9. L. 8. 9 C. 6, 35.
16) L. 8 L. 18 § 1 D. 34, 9 cf. L. 17 D. eod.
17) Nov. 115 c. 3 § 12.
18) L. 20 § 6. 7 D. 5, 3.
19) L. 9 D. 29, 5. L. 50 § 2 D. 30. L. 3 § 4 L. 14 D. 49, 14.
1) См. ссылки у *Windscheid* § 528 пр. 6. *Arndts* § 521 пр. 3. *Brinz* III § 357 пр. 2.
2) Nov. 48 praef. (см. выше § 1. VI).

выраженіемъ, что на *наслѣдника переходитъ имущественно-правовая личность наслѣдодателя, насколько она переживаетъ послѣднюю.* Мы уже имѣли случай (въ § 1, VI) высказаться противъ такой конструкціи положенія наслѣдника, какъ противъ конструкціи неестественной: личность наслѣдодателя погибаетъ съ его смертью и ни на кого переходить не можетъ. Положеніе наслѣдника—это положеніе универсальнаго преемника всѣхъ правъ и обязанностей, принадлежавшихъ наслѣдодателю [3]), за исключеніемъ тѣхъ чисто личныхъ правъ и обязанностей, которыя прекращаются со смертью наслѣдодателя [4]). Всю эту совокупность правъ и обязанностей наслѣдникъ пріобрѣтаетъ при помощи единаго акта (aditio hereditatis) или одного событія (delatio hereditatis, если онъ heres necessarius), не совершая пріобрѣтенія каждаго изъ этихъ правъ въ отдѣльности [5]). Вслѣдствіе этого особеннаго способа пріобрѣтенія, наслѣдникъ получаетъ и особый искъ для защиты своихъ правъ на пріобрѣтенное имущество: hereditatis petitio. Но, *послѣ пріобрѣтенія наслѣдникомъ наслѣдственное имущество уже перестаетъ составлять особое цѣлое: оно дѣлается собственнымъ имуществомъ наслѣдника и смѣшивается съ остальнымъ его имуществомъ.* Отсюда вытекаютъ частныя *послѣдствія,* которыми опредѣляется положеніе наслѣдника по пріобрѣтеніи наслѣдства. Эти послѣдствія сводятся къ слѣдующему: 1) Если наслѣдникъ имѣлъ какія-либо *права требованія къ наслѣдодателю,* то онъ становится теперь самъ должникомъ по этимъ обязательствамъ, и потому эти обязательства погашаются вслѣдствіе *confusio.* Если онъ имѣлъ *jura in re aliena на вещи наслѣдодателя,* то онъ теперь самъ собственникъ этихъ вещей, и его jura in re aliena также прекращается вслѣдствіе confusio. То же самое происходитъ съ *правами требованія наслѣдодателя къ наслѣднику* и съ jura in re *наслѣдодателя на вещи наслѣдника* [6]). 2) *Долги, лежавшіе на наслѣдодателѣ,* дѣлаются теперь *собственными долгами наслѣдника:* онъ отвѣчаетъ за нихъ такъ же, какъ и за остальные свои долги, т.-е. не только наслѣдственнымъ активомъ, но и всѣмъ своимъ имуществомъ [7]). 3) *Активъ наслѣдственнаго имущества вполнѣ смѣшивается съ остальнымъ имуществомъ наслѣдника;* поэтому *кредиторы наслѣдника* могутъ требовать удовлетворенія не только изъ имущества наслѣдника, но и изъ пріобрѣтеннаго имъ наслѣдства.

II. Однако, изъ двухъ послѣднихъ правилъ были сдѣланы *исключенія.* Наслѣдникъ могъ освободиться отъ отвѣтственности за долги наслѣдодателя всѣмъ своимъ имуществомъ, прибѣгая къ такъ наз. *beneficium inventarii.* Кредиторы наслѣдодателя могли добиться того, чтобы наслѣдство отвѣчало прежде всего только за долги наслѣдодателя, а не наслѣдника, если они

---

[3]) L. 62. D. 50, 17. Iulianus 6 dig. Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus quod defunctus habuerit. Это относится и къ bonorum possessor'у, такъ какъ въ развитомъ правѣ всѣ bonorum possessiones были cum re. См. къ этому *Girard,* стр. 884 пр. 4.

[4]) *Windscheid* § 605 пр. 5. — О переходѣ на наслѣдника *sacra* см. *Girard,* стр. 885 сл.

[5]) Только для пріобрѣтенія *владѣнія* (possessio) необходимъ захватъ (apprehensio) со стороны наслѣдника; владѣніе наслѣдодателя на него не переходитъ, ибо владѣніе всегда пріобрѣтается оригинарнымъ способомъ. L. 23 pr. L. 30 § 5 D. 41, 2.

[6]) L. 18 D. 8, 1. L. 9 D. 8, 4. L. 116. § 4 D. 30. L. 2 § 18 D. 18, 4. L. 75 D. 46, 3.

[7]) L. 8 pr. D. 29, 2. Ulp. 7. Sab... hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est. L. 36 D 28, 2.

испрашивали т. наз. *beneficium separationis*. Разсмотримъ каждый изъ этихъ институтовъ въ отдѣльности.

1) По *доюстиніанову* праву наслѣдникъ могъ уклониться отъ принятія наслѣдства, слишкомъ обремененнаго долгами, только тѣмъ, что испрашивалъ себѣ *spatium deliberandi*, чтобы имѣть время ознакомиться съ состояніемъ наслѣдства и рѣшить вопросъ, слѣдуетъ ли ему принимать наслѣдство или нѣтъ (см. § 19, I). *Юстиніанъ* [8]) далъ наслѣднику еще одно средство, чтобы предотвратить отвѣтственность за долги наслѣдства своимъ собственнымъ имуществомъ; это было *beneficium inventarii*. Каждый делятъ могъ выбирать между beneficium inventarii или испрашиваніемъ spatium deliberandi [9]). Если онъ избралъ beneficium inventarii, то онъ долженъ привлечь нотаріуса и свѣдущихъ оцѣнщиковъ, а также кредиторовъ наслѣдства и легатаріевъ (за ихъ отсутствіемъ—трехъ свидѣтелей) и составить опись и оцѣнку всего наслѣдственнаго имущества (инвентарь). Къ составленію этой описи онъ долженъ приступить въ теченіе 30 дней съ момента, когда онъ узналъ объ открытіи ему наслѣдства, и кончить ее въ теченіе слѣдующихъ 60 дней; если наслѣдство или большая часть его находится въ мѣстѣ, отдаленномъ отъ мѣста пребыванія наслѣдника, то ему дается на составленіе описи годъ со смерти наслѣдодателя [10]). Закончивши инвентарь, наслѣдникъ, если этого требуютъ кредиторы наслѣдства, долженъ принести присягу въ томъ, что инвентарь составленъ добросовѣстно [11]). По составленіи инвентаря сообразно съ этими правилами, наслѣдникъ можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности кредиторами наслѣдства и легатаріями, но отвѣчаетъ передъ этими лицами лишь *въ размѣрахъ* актива самого наслѣдства. Говоря иначе, наслѣдственные кредиторы могутъ обращать взысканіе и на имущество самого наслѣдника, но лишь въ предѣлахъ суммы, которая опредѣляется стоимостью полученнаго имъ наслѣдства (L. 22 § 4 C. 6, 30: ut in tantum creditoribus hereditatis (*sc.* heredes) teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant). Въ германскомъ правѣ этотъ принципъ былъ измѣненъ, и наслѣдникъ отвѣчалъ лишь самимъ наслѣдствомъ. Наслѣдникъ не обязанъ заботиться о равномѣрномъ удовлетвореніи кредиторовъ при платежѣ долговъ, если наслѣдственной массы недостаточно на покрытіе ихъ; онъ удовлетворяетъ кредиторовъ и легатаріевъ сполна въ той очереди, въ какой они предъявятъ къ нему свои требованія, пока не исчерпаетъ стоимости наслѣдственнаго имущества. Затѣмъ кредиторамъ въ извѣстныхъ границахъ предоставляется возможность самимъ позаботиться о болѣе справедливомъ распредѣленіи полученнаго удовлетворенія [12]). Собственныя права требованія наслѣдника къ наслѣдодателю и его jura in re aliena на вещи наслѣдодателя (и обратно) не считаются уничтоженными черезъ confusio, если наслѣдникъ воспользовался beneficio inventarii [13]).

2) *Beneficium separationis* существовало уже по преторскому эдикту. Оно состоитъ въ томъ, что каждый *кредиторъ наслѣдства и легатаріи*

---

[8]) L. 22 C. 6, 30 (531 г.). Подробности о benef. inventarii и separationis у *Кассо*, Преемство наслѣдника въ обязательствахъ наслѣдодателя, 1895 г., стр. 1—78. *И. Кистяковскій*. Долговая отвѣтственность наслѣдника въ римскомъ правѣ 1901.

[9]) L. 22 § 14a. C. cit. *Windscheid* § 606, 4.

[10]) L. 22 § 2. 3 C. cit. Nov. 1 c. 2 § 1.

[11]) L. 22 § 10 C. cit.

[12]) L. 22 § 4 6. 8 C. cit. *Windscheid* § 606 пр. 11 *Dernburg* III § 171 пр 19.

[13]) L. 22 § 9 C. cit.

могутъ потребовать у претора [14]), чтобы наслѣдственное имущество было отдѣлено отъ остального имущества наслѣдника и прежде всего употреблено на уплату долговъ наслѣдодателя, затѣмъ на выплату легатовъ, назначенныхъ наслѣдодателемъ; въ томъ только случаѣ, если что-либо останется, этотъ остатокъ идетъ на покрытіе долговъ самого наслѣдника [15]). Если кредиторы наслѣдства и легатаріи воспользовались этимъ beneficium, то, по мнѣнію позднѣйшихъ юристовъ, они не могутъ уже ничего взыскивать съ самого наслѣдника, хотя бы они не получили полнаго удовлетворенія изъ отдѣленной на ихъ удовлетвореніе наслѣдственной массы [16]). Право требовать beneficium separationis теряется въ томъ случаѣ, если кредиторы уже признали наслѣдника своимъ должникомъ [17]), а также если со дня пріобрѣтенія наслѣдства прошло не менѣе 5 лѣтъ [18]); отдѣленіе наслѣдства осуществляется настолько, насколько его можно еще осуществить при предъявленіи просьбы о томъ [19]).

Въ основѣ этого beneficium separationis лежитъ слѣдующее соображеніе: когда кредиторы оказываютъ кому либо кредитъ, то они вѣрятъ его личности и его собственному имуществу; было бы подрывомъ кредиту, если бы законодатель оставилъ кредиторовъ безъ всякой помощи, разъ имущество ихъ должника по его смерти переходитъ въ руки ранѣе неизвѣстнаго имъ, быть можетъ, наслѣдника, съ которымъ они сдѣлокъ не заключали, и который самъ можетъ оказаться обремененнымъ долгами; поэтому кредиторы наслѣдодателя получаютъ возможность оградить себя отъ опасности, что имущество ихъ должника пойдетъ на уплату долговъ его наслѣдника. Для этого они должны испросить beneficium separationis.

Отсюда ясно, почему beneficium separationis *не дается кредиторамъ самого наслѣдника*. Эти кредиторы заключали сдѣлки именно съ нимъ и ему оказывали довѣріе. Они, конечно, пострадаютъ, если ихъ должникъ приметъ несостоятельное наслѣдство: онъ прибавитъ тогда къ своимъ прежнимъ кредиторамъ еще рядъ кредиторовъ принятаго имъ несостоятельнаго наслѣдства, и въ случаѣ конкурса надъ наслѣдникомъ эти новые кредиторы будутъ имѣть такія же права на удовлетвореніе изъ конкурсной массы, какъ и прежніе кредиторы самого наслѣдника. Но послѣдніе не могутъ на это жаловаться: они знали, кому они оказываютъ кредитъ; они точно также не могутъ протестовать противъ того, что ихъ должникъ принимаетъ несостоятельное наслѣдство и тѣмъ ухудшаетъ ихъ положеніе, какъ не могутъ протестовать, когда ихъ должникъ иными способами увеличиваетъ число своихъ кредиторовъ, т.-е. дѣлаетъ новые долги [20]).

---

[14]) L. 1 pr. § 14 D. 42, 6. Ср. *Baviera* Il commodum separationis nel diritto romano 1901.

[15]) L. 1 § 1 L. 6 pr. D. 42, 6.

[16]) L. 1 § 17 L. 5 D. 42, 6. Ср. L. 3 § 2 D. eod. *Girard* стр. 888 пр. 1 *Dernburg* III § 170 пр. 1.

[17]) L. 1 § 10. 15 D. 42, 6.

[18]) L. 1 § 13 D. 42, 6.

[19]) L. 1 § 12 L. 2 D. 42, 6 (наслѣдственныя вещи смѣшались съ вещами наслѣдника и не могутъ быть отдѣлены; онѣ bona fide отчуждены наслѣдникомъ).

[20]) L. 1 § 1. 2 D. 42, 6 ср. L. 1 § 5. 6 D. eod.

§ 25. Положеніе сонаслѣдниковъ (coheredes). Collatio.

I. Когда нѣсколько наслѣдниковъ пріобрѣтаютъ наслѣдственное имущество, то между ними устанавливается *общность имущества*. Въ частности, послѣдствія пріобрѣтенія наслѣдства нѣсколькими сонаслѣдниками сводятся къ слѣдующему. 1) *Всѣ дѣлимыя вещныя права* на вещи, находящіяся въ наслѣдствѣ, дѣлятся на идеальныя части, пропорціонально долямъ сонаслѣдниковъ въ наслѣдствѣ. Такимъ образомъ, изъ собственности на наслѣдственныя вещи возникаетъ со-собственность (condominium; см. Вещное право § 5); аналогичныя отношенія возникаютъ изъ входящаго въ составъ наслѣдства узуфрукта, эмфитевзиса, суперфиція [1]. Каждый сонаслѣдникъ свободно распоряжается своей долей. 2) *Недѣлимыя вещныя права*, какъ предіальные сервитуты и залоговое право, принадлежитъ in solidum каждому сонаслѣднику или осуществляются солидарно противъ каждаго сонаслѣдника (см. Вещное право, § 29, п. 6; § 41 въ концѣ). 3) *Обязательственныя права требованія и обязательственные долги* ipso jure дѣлятся между сонаслѣдниками на части; возникаетъ нѣсколько частичныхъ обязательствъ. Такъ постановили уже законы XII таблицъ [2]. Однако, если обязательство по предмету своему недѣлимо, то для каждаго изъ сонаслѣдниковъ возникаетъ активное или пассивное солидарное обязательство. 4) *Confusio обязательствъ и вещныхъ правъ* наступаетъ для отдѣльнаго сонаслѣдника только въ размѣрѣ доли этого сонаслѣдника въ наслѣдствѣ [3].

Каждый изъ сонаслѣдниковъ можетъ прекратить возникшую общность имущества, предъявивъ *искъ о раздѣлѣ*, который въ данномъ случаѣ называется a. familiae erciscundae. Задача судьи при раздѣлѣ наслѣдства состоитъ въ томъ, чтобы создать для каждаго изъ сонаслѣдниковъ по возможности независимое отъ другихъ положеніе. Для этой цѣли онъ дѣлитъ тѣлесныя вещи, находящіяся въ наслѣдствѣ, на реальныя части; онъ можетъ присудить нѣкоторымъ изъ наслѣдниковъ эти вещи въ цѣломъ, вознаграждая другихъ какими-либо иными предоставленіями; онъ можетъ возложить на одного изъ сонаслѣдниковъ отвѣтственность по какому-либо недѣлимому обязательству или, напротивъ, уступить ему исключительно недѣлимое право требованія и т. д. [4]. При совершеніи раздѣла судья долженъ сообразоваться съ состоявшимися раньше между сонаслѣдниками соглашеніями или указаніями завѣщателя, если тѣ и другія не противны праву и нравственности [5]. Совершая раздѣлъ, судья въ то же время долженъ удовлетворить и тѣ *обязательственныя претензіи, которыя возникли между сонаслѣдниками, вслѣдствіе наступившей общности имущества* (напр., требованіе сонаслѣдника, чтобы его товарищи возмѣстили ему соотвѣтственную часть сдѣланныхъ имъ на наслѣдственную массу издержекъ [6]). Въ этомъ отношеніи примѣняются тѣ

---

[1]) Каждый сонаслѣдникъ можетъ свободно отчуждать свою pars pro indiviso. L. 54. D. 10, 2. *Dernburg* III, § 175 пр. 3.

[2]) L. 6 C. 3, 36. L. 1. 2 C. 4, 16.

[3]) L. 50 D. 46. 1. L. 6 C. 4, 16.

[4]) L. 26 D. 10, 2. L. 3 D. eod.

[5]) L. 10 C. 3, 36 L. 21 D. 10, 3. L. 2 § 4 D. 10, 2.

[6]) L. 22 § 4 L. 25 § 15 L. 49 D. 10, 2.

же самыя правила, которыя установлены относительно actio communi dividundo (Вещное право § 5).

II. Особаго разсмотрѣнія заслуживаетъ возникающая въ нѣкоторыхъ случаяхъ между сонаслѣдниками обязанность къ *коллаціи* (*collatio*). Этотъ институтъ состоитъ въ слѣдующемъ. Нѣкоторые сонаслѣдники должны внести (conferre) въ подлежащую раздѣлу между сонаслѣдниками наслѣдственную массу свое имущество или опредѣленную часть его. Collatio прошла въ своемъ развитіи нѣсколько ступеней; она всегда имѣла своею цѣлью достиженіе возможно большаго равенства въ положеніи сонаслѣдниковъ, но эта цѣль въ разное время достигалась разными средствами. Слѣдуетъ различать *три вида* collatio: 1) collatio bonorum со стороны эманципированныхъ, которые наслѣдуютъ вмѣстѣ съ sui; 2) collatio dotis; 3) новѣйшую collatio между нисходящими.

1. *Collatio bonorum* [7]) *со стороны эманципированныхъ дѣтей наслѣдодателя*. Эманципированныя дѣти наслѣдодателя, если они испрашиваютъ bonorum possessio *intestati* или *contra tabulas* [8]) вмѣстѣ съ *sui heredes* [9]) наслѣдодателя, должны внести въ раздѣлъ *то имущество, которое они сами пріобрѣли послѣ эманципаціи* [10]). Основаніе этой коллаціи состояло въ томъ, что *по классическому праву* подвластныя дѣти пріобрѣтаютъ все для домовладыки; между тѣмъ эманципированныя дѣти съ момента эманципаціи получаютъ возможность пріобрѣтать собственное имущество; наслѣдуя затѣмъ своему отцу вмѣстѣ съ дѣтьми, оставшимися подъ его властью, они, въ составѣ наслѣдства, получаютъ также результатъ труда этихъ подвластныхъ; поэтому является справедливымъ, чтобы они пріобщили къ раздѣляемому имуществу и тѣ пріобрѣтенія, которыя они сами сдѣлали послѣ своей эманципаціи [11]).—Какъ мы уже выяснили въ Семейномъ правѣ, постепенно нормы о пріобрѣтеніи имущества подвластными радикально измѣнились. Въ *юстиніановомъ правѣ* подвластный уже пріобрѣтаетъ для себя, за исключеніемъ только того, что онъ пріобрѣтаетъ при посредствѣ имущества отца (см. Семейн. право § 14); слѣдовательно, теперь эманципированные должны были конферировать только то имущество, которое они получили отъ своего отца послѣ эманципаціи, ибо пріобрѣтательная способность эманципированныхъ только въ этомъ отличалась отъ пріобрѣтательной способности sui [12]). Наконецъ, *Юстиніанъ* реформировалъ Новеллой 118 весь порядокъ наслѣдованія ab intestato. Такъ какъ онъ стремится при этомъ построить свою систему наслѣдованія на началахъ кровнаго родства и родства по усыновленію, игнорируя всѣ прежнія различія между sui и emancipati, то слѣдуетъ признать, что этимъ закономъ уничтожена и collatio emancipatorum при наслѣдованіи ab intestato. Относительно наслѣдованія противъ завѣщанія Юстиніанъ издалъ извѣстную намъ Новеллу 115, въ которой ничего не говорится о collatio emancipatorum. Поэтому считается спорнымъ, уничтожена ли эта коллація и при необходимомъ наслѣдованіи [13]).

---

7) Подробнѣе о ней см. у *Girard*, стр. 891 сл.
8) L. 1 pr. D. 37, 6. L. 1 C. 6, 20.
9) L. 3 § 2. 3 L. 1 § 24 D. 37, 6.
10) L. 1 pr. L. 3 § 3 D. 37, 6.
11) Coll. 16, 7, 2.
12) L. 1 § 15 D. 37, 6.—L. 21 C. 6, 20.
13) См. *Windscheid*, § 609 пр. 9. *Баронъ*, § 429, I inf. *Girard*, стр. 893 пр. 2.

2. *Collatio dotis.* Подвластная дочь наслѣдодателя—filia sua—по преторскому эдикту должна конферировать свою dos, если она испрашивала bonorum possessio вмѣстѣ съ другими sui. При этомъ не составляло различія, была ли эта dos profecticia или adventicia, т.-е. получена ли она была дочерью отъ отца или отъ посторонняго лица. Основная идея коллаціи состояла въ томъ, что эта filia sua въ своемъ приданомъ имѣла особое имущество, котораго не имѣли другіе sui и которое не входило въ составъ наслѣдства. Со времени Антонина Пія filia sua обязана къ collatio и въ томъ случаѣ, когда она не испрашиваетъ bonorum possessio, а наслѣдуетъ по цивильному праву [14]). По позднѣйшему праву filia sua должна конферировать приданое и при наслѣдованіи вмѣстѣ съ эманципированными дѣтьми наслѣдодателя; въ этомъ случаѣ предметомъ коллаціи является только dos profecticia [15]). Эта collatio dotis вполнѣ исчезла изъ юстиніанова права. Ее замѣнила отчасти новая коллація нисходящихъ [16]).

3. *Новая коллація нисходящихъ* установлена впервые конституціей императора Льва въ 472 году (L. 17 C. 6, 20) и развита далѣе Юстиніаномъ (L. 19, 20 C. 6, 20 Nov. 18 c. 6). Состоитъ она въ слѣдующемъ. Всѣ нисходящіе, наслѣдуя какому бы то ни было восходящему, должны конферировать dos, donatio propter nuptias и militia, которыя они получили отъ наслѣдодателя. Простыя дарения, полученныя отъ завѣщателя, конферируются тогда, 1) когда завѣщатель предписалъ ихъ коллацію, или же 2) когда одаренный ничего отъ завѣщателя, кромѣ этого даренія, не получилъ, а рядомъ съ нимъ наслѣдуетъ другой нисходящій, который простыхъ дареній не получалъ, но получилъ dos, donatio pr. nuptias или militia и долженъ поэтому конферировать. Имущество зачитывается по своей стоимости во время его полученія. Эта коллація имѣетъ мѣсто *при всякомъ наслѣдованіи*, какъ при successio ab intestato, такъ и при successio ex testamento, если только нисходящіе, назначенные въ завѣщаніи, были бы ближайшими наслѣдниками и при successio ab intestato. Въ основаніи этой коллаціи лежитъ слѣдующая мысль: нельзя предполагать, что наслѣдодатель, дѣлая означенныя предоставленія (dos, donatio pr. nuptias и т. д.), желалъ этимъ путемъ оказать предпочтеніе однимъ изъ нисходящимъ передъ другими; нужно думать, что эти предоставленія не были сдѣланы имъ всѣмъ нисходящимъ равномѣрно только потому, что не было повода къ надѣленію другихъ нисходящихъ такими предоставленіями (не всѣ дочери вышли замужъ, не всѣ сыновья поступали на службу [17]). Collatio осуществляется путемъ зачета полученнаго при раздѣлѣ наслѣдства.

§ 26. **Иски наслѣдника.**

I. Наслѣдникъ, пріобрѣтшій наслѣдство, можетъ вчинять *двоякаго рода иски*, смотря по роду споровъ, возникающихъ у него съ третьими лицами. Споръ можетъ состоять въ томъ, что третье лицо, *признавая наслѣдствен-*

---

14) Tit. Dig. 37, 7.
15) L. 4 C. 6, 20.
16) *Windscheid*, § 609 пр. 11.
17) Подробности и спорные вопросы см. у *Windscheid*, § 610. *Dernburg*, III § 141 *Баронъ*, § 429, III. *Arndts*, § 528—530.

ныя права истца, отрицаетъ что оно было должникомъ наслѣдодателя, или что наслѣдодатель имѣлъ вещное право на требуемый у него истцомъ предметъ. 2) Споръ можетъ состоять въ томъ, что третье лицо, не отрицая своего долга наслѣдодателю или вещнаго права наслѣдодателя, *отрицаетъ право истца на наслѣдованіе этому наслѣдодателю.* Въ *первомъ* случаѣ, наслѣдникъ долженъ предъявлять противъ третьяго лица тѣ иски, которые долженъ бы былъ предъявить самъ наслѣдодатель (т.-е. искъ изъ обязательства, rei vindicatio, a. confessoria, a. hypothecaria и т. п. [1]). Эти иски называются *сингулярными исками* наслѣдника. Во *второмъ* случаѣ, когда оспаривается право истца на наслѣдованіе, наслѣдникъ долженъ предъявить *особые иски*, имѣющіе цѣлью защитить его право на все наслѣдство, и потому называющіеся *универсальными* исками наслѣдника. Въ настоящемъ отдѣлѣ мы будемъ говорить *только объ этихъ послѣднихъ искахъ.* Одинъ изъ нихъ даетъ наслѣднику *петиторную* защиту и называется *hereditatis petitio*; съ его помощью вопросъ о правѣ истца на наслѣдство рѣшается окончательно. Другой искъ даетъ *ускоренную, поссессорную* защиту наслѣднику, и называется *interdictum quorum bonorum*; рѣшеніе по этому иску имѣетъ только провизорный характеръ, и проигравшая дѣло сторона можетъ затѣмъ предъявить противъ выгравшей hereditatis petitio для окончательнаго рѣшенія спора.

II. *Hereditatis petitio* [2]). Этотъ искъ служитъ для окончательнаго рѣшенія спора между лицомъ, претендующимъ на наслѣдство, и лицомъ, которое удерживаетъ что-либо изъ наслѣдственнаго имущества, отрицая право истца на наслѣдованіе [3]). 1) *Истцомъ* поэтому является лицо, утверждающее, что оно наслѣдникъ, безразлично на какомъ основаніи [4]), или универсальный фидеикомиссаръ [5]). Этотъ же искъ въ качествѣ actio utilis могутъ вчинать лица, занимающія мѣсто наслѣдника, какъ, напримѣръ, пріобрѣтатель bona vacantia (см. выше § 14, II) и эрипіентъ (§ 23, II, 5) [6]). 2) *Отвѣтчикомъ* является лицо, которое удерживаетъ у себя что-либо принадлежащее къ наслѣдству, отрицая право на наслѣдство за истцомъ. Такое лицо можетъ быть *possessor pro herede* или *pro possessore* [7]). *Possessor pro herede*—тотъ отвѣтчикъ, который самъ выдаетъ себя за настоящаго наслѣдника [8]), за bonorum possessor'а, за универсальнаго фидеикоммиссара [9]) или за лицо, купившее наслѣдство у этихъ лицъ [10]). При этомъ онъ можетъ находиться in bona fide или быть

---

[1]) Ср. L. 4 C. 7, 34.

[2]) Искъ этотъ аналогиченъ съ rei vindicatio; поэтому иногда въ источникахъ онъ называется hereditatis vindicatio. Gai 4, 17. L. 8 D. 5, 3. L. 19 D. 5, 2. *Windscheid*, § 611. прим. 3.

[3]) Наслѣдникъ иногда принуждается путемъ особой *„exceptio ne praejudicium hereditati fiat“* предъявить этотъ универсальный искъ взамѣнъ спеціальныхъ исковъ, вытекающихъ изъ отдѣльныхъ правъ, которыя входятъ въ составъ наслѣдственнаго имущества. См. объ этомъ *Windscheid*, § 616. *Баронъ*, § 434. *Girard*, стр. 903 пр. 2.

[4]) О т. наз. hered. petitio *possessoria*, созданной для bonorum possessor'а, см. tit. Dig. 5, 5. *Girard*, стр. 906 сл.

[5]) Hereditatis petitio *fideicommissaria;* tit. Dig. 5, 6.

[6]) L. 20 § 6. 7 D. 5, 3. Каждый изъ сонаслѣдниковъ можетъ предъявлять для защиты своего права на наслѣдство т. наз. hered. petitio *partiaria*; tit. Dig. 5, 4.

[7]) L. 9 D. 5, 3

[8]) L. 11 D. 5, 3.

[9]) L. 20 § 13 D. 5, 3.

[10]) Utilis actio. L. 13 § 4—6; 8—11. D. 5, 3.

malae fidei (т.-е. знать о ложности своихъ утвержденій). *Possessor pro possessore* — то лицо, которое въ оправданіе своего удерживанія наслѣдственнаго имущества не ссылается ни на свое наслѣдственное право, ни на какой-либо иной титулъ, который бы не былъ явно ничтоженъ; такое лицо тоже считается фактически не признающимъ правъ истца на наслѣдство [11]). Наконецъ, по этому иску отвѣчаетъ также *fictus possessor*, т.-е. qui dolo malo dessiit possidere [12]) и qui liti se obtulit [13]) (см. объ этомъ Вещ. пр. § 13, I, 2). Отвѣтчикъ долженъ удерживать у себя что-либо принадлежащее къ наслѣдству [14]). Но это не значитъ, что онъ долженъ владѣть какою-либо вещью, принадлежавшей наслѣдодателю въ собственность. Hereditatis petitio можетъ быть предъявлена и къ тому лицу, которое, выдавая себя за наслѣдника, не хочетъ платить своего долга наслѣдодателю [15]), и къ тому, кто на томъ же основаніи удерживаетъ у себя вещь, данную наслѣдодателю на сохраненіе или въ ссуду и т. п. [16]). Если отвѣтчикъ оспариваетъ право истца только titulo singulari, то онъ долженъ былъ предъявить возраженіе противъ her. petitio и доказать его; въ такомъ случаѣ онъ не подлежитъ отвѣтственности по ней.

3) Истецъ долженъ *доказать* [17]), что онъ наслѣдникъ, т.-е. a) что наслѣдодатель умеръ, и b) что наслѣдство открылось ему—истцу. Для послѣдней цѣли ему достаточно доказать свое родство съ наслѣдодателемъ или свой бракъ съ нимъ, если онъ ссылается на наслѣдованіе ab intestato; или предъявить исправное по внѣшности завѣщаніе, если онъ ссылается на наслѣдованіе ex testamento [18]). Кромѣ того, истецъ долженъ доказать, что отвѣтчикъ удерживаетъ что-либо изъ наслѣдства pro herede или pro possessore. Отвѣтчикъ долженъ опровергнуть эти доказательства истца, т.-е. доказать, что онъ или третье лицо стоитъ въ болѣе близкомъ или одинаковомъ родствѣ съ наслѣдодателемъ, предъявить завѣщаніе, уничтожающее право истца ab intestato, указать на такіе пороки въ завѣщаніи, предъявленномъ истцомъ, которые сразу не замѣтны (напримѣръ, на отсутствіе у завѣщателя testamenti factio и т. д. [19]).

4) Предметомъ иска является наслѣдство, поскольку отвѣтчикъ владѣетъ имъ или долженъ былъ бы владѣть имъ (т.-е. какъ fictus possessor). Кромѣ первоначальнаго состава наслѣдства (т.-е. вещей, которыми владѣлъ еще наслѣдодатель), объектомъ иска становятся всѣ accessiones, плоды и проценты, затѣмъ предметы, пріобрѣтенные на средства наслѣдства, и деньги и требованія, замѣнившія наслѣдственные предметы (pretium succedit in locum rei).

5) Мѣра отвѣтственности различается, смотря по тому, былъ ли отвѣтчикъ bonae fidei или malae fidei. Это различіе въ отвѣтственности было установлено въ т. наз. Sctum Iuventianum 129 г. по Р. Х. [20]). Оно состоитъ

---

[11]) L. 11 § 1—L. 13 § 1 L. 16 § 4 D. 5, 3. См. къ этому *Girard*, стр. 900 пр. 6.
[12]) L. 20 § 6c. L. 13 § 2 L. 25 § 2 D. 5, 3.
[13]) L. 13 § 13 L. 45 D. 5, 3.
[14]) L. 4. 10 D. 5, 3.
[15]) L. 13 § 15 D. 5, 3.
[16]) L. 19 pr. § 2 D. 5, 3.
[17]) См. къ послѣдующему *Windscheid*, § 615. *Dernburg* III, § 173. *Arndts*, § 532. *Баронъ*, § 431.
[18]) L. 31 § 4 C. 6, 23.
[19]) L. 11 C. 4, 19. L. 5 C. 6, 36.
[20]) См. о его историческомъ значеніи *Girard*, стр. 898.

въ слѣдующемъ. а) *Отвѣтчикъ bonae fidei* долженъ выдать только то, чѣмъ онъ *обогатился* на счетъ наслѣдства до момента предъявленія иска [21]). Поэтому, если онъ уже *продалъ* наслѣдственную вещь, то обязанъ выдать только полученную за нее цѣну; онъ не возмѣщаетъ даже этой цѣны, если истратилъ ее безъ обогащенія для себя [22]). Изъ собранныхъ *плодовъ* онъ выдаетъ только fructus extantes и выручку отъ потребленія остальныхъ плодовъ [23]). Если онъ сдѣлалъ *издержки* на наслѣдственное имущество, то онъ имѣетъ jus retentionis (путемъ exceptio doli) по поводу всѣхъ этихъ издержекъ безъ различія, такъ какъ онѣ всѣ уменьшили его обогащеніе отъ владѣнія наслѣдствомъ; такимъ образомъ, онъ вычитаетъ не только impensae necessariae и utiles, но и impensae voluptuariae [24]).— *Съ момента предъявленія иска* отвѣтчикъ bonae fidei отвѣчаетъ на общихъ основаніяхъ за culpa levis по отношенію къ удерживаемому имъ наслѣдственному имуществу [25]).

b) *Отвѣтчикъ malae fidei* долженъ выдать *все то, что онъ удерживаетъ изъ наслѣдства со всѣми плодами и приращеніями* [26]). Онъ отвѣчаетъ за гибель или порчу удерживаемыхъ имъ цѣнностей, если эта гибель или порча наступила вслѣдствіе dolus или culpa [27]). *Съ момента предъявленія иска* онъ отвѣчаетъ даже за casus на общихъ основаніяхъ (которыя были указаны въ Общей части § 57, III, 2 [28]). Если онъ безъ настоятельной необходимости *продалъ* наслѣдственную вещь, то истецъ по своему выбору можетъ потребовать отъ него или возмѣщенія дѣйствительной стоимости вещи, или выдачи полученной при ея продажѣ цѣны [29]). Если отвѣтчикъ malae fidei сдѣлалъ *издержки* на наслѣдственное имущество, то онъ имѣетъ jus retentionis только относительно impensae necessariae и utiles, поскольку послѣднія еще увеличиваютъ цѣнность вещей, на которыя онѣ были сдѣланы [30]).

III. *Interdictum quorum bonorum.* Этотъ интердиктъ дается только тому лицу, которое испросило у надлежащаго должностнаго лица bonorum possessio. Отвѣтчикомъ является тотъ, кто удерживаетъ pro herede или pro possessore [31]) тѣлесныя вещи [32]) изъ наслѣдственной массы. Juris possessor не отвѣчаетъ по интердикту. При разборѣ спора по предъявленіи этого интердикта судья ограничивается провѣркою того, имѣетъ ли истецъ право на bonorum possessio и получилъ ли онъ bonorum possessio [33]). Если этотъ вопросъ будетъ рѣшенъ утвердительно, то отвѣтчикъ присуждается къ выдачѣ удерживаемой имъ на-

---

[21]) L. 20 § 6 L. 25 § 11 L. 36 § 4 D. 5, 3.

[22]) L. 20 § 17 L. 23—25 § 1 D. 5, 3. L. 16 § 5 L. 18 pr. L. 22 D. eod. Наслѣдникъ даже не имѣетъ права виндицировать проданную вещь у покупателя, если послѣдній по поводу эвикціи можетъ предъявить регрессный искъ къ bonae fidei possessor'y hereditatis, L. 25 § 17 D. 5, 3 и къ этому *Girard*, стр. 903 пр. 2 ср. *Windscheid*, § 612 пр. 15

[23]) L. 1 C. 3, 31. § 2 J. 4, 17.

[24]) L. 38. 39 D. 5, 3.

[25]) L. 20 § 11 L. 25 § 7 L. 31 § 3 D. 5, 3. *Windscheid*, § 612 пр 9.

[26]) L. 20 § 2. 12 L. 25 § 4 D. 5, 3. § 2. J. 4, 17.

[27]) L. 25 § 2 L. 18 pr. L. 31 § 3 L. 54 § 2 D. 5, 3.

[28]) L. 40 pr. D. 5, 3.

[29]) L. 18 pr. L. 20 § 17. 21 L. 23 pr. L. 25 § 1 L. 36 § 3 D. 5, 3.

[30]) L. 38. 39 § 1 D. 5, 3. Ср. съ этимъ правила объ отвѣтственности bonae и malae fidei possessor'a при rei vindicatio (Вещное пр. § 13, I, 3). *Girard*, стр. 902 пр. 2.

[31]) L. 1 pr. D. 43, 2.

[32]) L. 2 D. 43, 2. Gai. 4, 144.

[33]) L. 1 C. 8, 2.

слѣдственной вещи. Но отвѣтчикъ не можетъ доказывать въ этомъ же процессѣ, что онъ имѣетъ больше правъ на наслѣдство, чѣмъ истецъ, т.-е. что наслѣдство должно быть передано ему, вмѣсто истца [34]). Для этой цѣли онъ долженъ предъявить къ истцу по интердикту—hereditatis petitio или querela inofficiosi testamenti, въ которой уже онъ самъ выступитъ истцомъ и будетъ нести onus probandi [35]).

Такимъ образомъ int. quorum bonorum даетъ ускоренную защиту, но въ извѣстномъ смыслѣ онъ имѣетъ провизорный характеръ [36]); это—поссессорное средство защиты. Int. quorum bonorum принадлежитъ къ числу *интердиктовъ adipiscendae possessionis*, служащихъ для полученія юридическаго владѣнія, котораго истецъ еще не пріобрѣлъ. Это—третій разрядъ владѣльческихъ интердиктовъ, существующій на ряду съ извѣстными уже намъ interdicta retinendae и recuperandae possessionis [37]).

§ 27. Отчужденіе наслѣдства.

I. Мы уже имѣли случай говорить о томъ, возможно ли отчуждать наслѣдство, когда оно уже открылось деляту, но еще не пріобрѣтено имъ (см. выше § 21 въ концѣ). Намъ остается разсмотрѣть, какія послѣдствія производитъ *отчужденіе наслѣдства послѣ того, какъ оно уже пріобрѣтено наслѣдникомъ* (cessio *adquisitae* hereditatis). Такое отчужденіе не дѣлаетъ пріобрѣтателя наслѣдникомъ или вообще универсальнымъ преемникомъ наслѣдодателя. Наслѣдникъ, продавшій пріобрѣтенное имъ наслѣдство, по прежнему отвѣчаетъ передъ легатаріями и кредиторами наслѣдодателя [1]), согласно афоризму: semel heres semper heres. Онъ обязанъ передать весь активъ наслѣдства пріобрѣтателю наслѣдства: тѣлесныя вещи онъ долженъ традировать [2]), обязательственныя требованія — цедировать. [3]). Въ свою очередь пріобрѣтатель наслѣдства обязанъ выдать наслѣднику за пріобрѣтаемый имъ активъ наслѣдства условленное вознагражденіе и, кромѣ того, доставить отчуждателю, который продолжаетъ отвѣчать передъ легатаріями и кредиторами наслѣдства, средства, необходимыя для уплаты легатовъ и долговъ наслѣдства [4]).

II. Тотъ, *кто покупаетъ bona vacantia у фиска*, дѣлается универсальнымъ преемникомъ, т.-е. отвѣчаетъ за долги наслѣдства и легаты такъ, какъ отвѣчалъ бы фискъ [5]) (см. выше § 14 въ концѣ).

---

[34]) L. 3 C. 8, 2. Gai. 4, 144.
[35]) L. 16 § 1 D. 5, 2.
[36]) Спорно. См. *Girard*, стр. 905 сл. *Баронъ*, § 435, 1.
[37]) См. о нихъ Вещное право §§ 24, 25. — О *missio in possessionem scripti heredis*, установленной Адріаномъ см. Paul. 3, 5, 14—18. L. 3. C. 6, 33. *Girard*, стр. 905 пр. 3. *Баронъ*, § 435, II. *Arndts*, § 535.
[1]) L. 2 C. 4, 39. L. 2 C. 6, 37.
[2]) L. 6 C. 4, 39.
[3]) Utilis actio: L. 16 D. 2, 14. L. 5 C. 4, 39. *Windscheid*, § 621 пр. 3. L. 1 C. 8, 44.
[4]) L. 2 § 9. 20 D. 18, 4. L. 2 C. 4, 39. *Windscheid*, § 621, 2.
[5]) L. 1 C. 4, 39. L. 41 D. 49, 14.

ОТДѢЛЪ II.

Легаты и фидеикоммиссы.

Глава I. Общее ученіе объ отказахъ.

§ 28. Опредѣленіе. Порядокъ совершенія отказовъ,

I. Выше уже было указано (въ §§ 1 и 2), что первоначально у римлянъ было два вида отказовъ: legatum и fideicommissum, но что въ юстиніановомъ правѣ эти формы отказовъ были уравнены. Поэтому послѣдующее изложеніе относится не только къ легатамъ, но и къ фидеикоммиссамъ.

Въ источникахъ нѣсколько *опредѣленій легата*. Флорентинъ опредѣляетъ его такъ: „Legatum est delibatio hereditatis qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit" (L. 116 pr. D. 30). Модестинъ говоритъ: „Legatum est donatio testamento relicta" [1]). Согласно общему смыслу этихъ опредѣленій, *легатъ есть такое распоряженіе на случай смерти, въ которомъ наслѣдодатель безвозмездно представляетъ какому-либо лицу имущественную (или неимущественную) выгоду за счетъ оставляемаго имъ наслѣдства* [2]). Самая выгода, которая предоставляется такимъ расперяженіемъ, также называется легатомъ.

Легатъ обыкновенно устанавливаетъ *сингулярное преемство* легатарія въ имуществѣ наслѣдодателя. Какъ мы видѣли (въ § 1 и 2), однако, есть видъ легата, который ставитъ получающее лицо въ положеніе *универсальнаго* преемника наслѣдодателя во всемъ его имуществѣ или въ опредѣленной долѣ этого имущества; это — т. наз. *fideicommissum hereditatis*. Наконецъ, есть легаты, которые не устанавливаютъ *никакой сукцессіи*; сюда относится, напр., легатъ, въ силу котораго наслѣдникъ долженъ совершить какое-либо дѣйствіе (facere) въ пользу легатарія, не предоставляя ему какихъ-либо объектовъ изъ наслѣдственнаго имущества.

II. При разсмотрѣніи *порядка совершенія отказовъ* возникаетъ три

---

[1]) L. 36. D. 31 и § 1 J. 2, 20. Ср. *Girard*, стр. 909 пр. 4. Въ институціяхъ терминъ testamento замѣненъ словами „a defuncto".

[2]) См. *Arndts*, § 541. *Dernburg*, III § 98; cf. *Windscheid*, § 623 пр. 1. *Баронъ*, § 437, I.

вопроса: 1) субъекты, причастные къ отказу, 2) актъ совершенія отказа и 3) содержаніе отказа.

1) *Субъекты.* Къ каждому отказу причастны три лица: a) наслѣдодатель; b) лицо, въ пользу котораго сдѣланъ отказъ; c) лицо, на которое возложена обязанность исполнить отказъ.

a) Что касается *наслѣдодателя*, то онъ только тогда можетъ оставлять отказы, когда онъ обладаетъ testamenti factio activa (выше § 6 [3]).

b) Лицо, въ пользу котораго совершается отказъ, называется *legatarius resp. fideicommissarius* или, по современной терминологіи, *honoratus*. Отказъ можетъ быть оставленъ, по общему правилу, только лицу, которое обладаетъ capacitas [4]) и testamenti factio passiva [5]); впрочемъ, нужно отмѣтить два исключенія: легаты могутъ быть оставляемы лицамъ, которыя еще не зачаты въ моментъ смерти наслѣдователя [6]), а также всѣмъ корпораціямъ безъ исключенія [7]). Если легатъ оставленъ нѣсколькимъ лицамъ вмѣстѣ, то они называются *коллегатаріями* и получаютъ право на равныя части легата [8]). Когда легатъ назначенъ нѣсколькимъ лицамъ альтернативно, (т.-е. Titio aut Maevio), то, по распоряженію Юстиніана, возникаетъ *корреальное обязательство въ пользу легатаріевъ*, если были прибавлены слова „utri heres vellet“ [9]); если же этихъ словъ не было, то каждый легатарій получаетъ право *на равную долю легата*, такъ какъ Юстиніанъ предписалъ [10]) считать въ подобныхъ распоряженіяхъ слово „aut“ за „et“.

Легатъ можетъ быть оставленъ въ пользу *одного изъ сонаслѣдниковъ*; тогда онъ называется *praelegatum*. Особенныя правила примѣняются къ прелегату въ томъ случаѣ, если онъ возложенъ на наслѣдниковъ, какъ таковыхъ (т.-е. на всякаго, кто станетъ наслѣдникомъ). Это т. наз. прелегатъ въ тѣсномъ смыслѣ слова. Въ этомъ случаѣ обязанными выплатить легатъ считаются всѣ сонаслѣдники, въ томъ числѣ и тотъ, въ пользу котораго оставленъ прелегатъ. Но такъ какъ онъ самъ не можетъ быть своимъ должникомъ (heredi a semet ipso legari non potest) [11]), то прелегатъ считается ничтожнымъ въ той части, въ которой обязанность къ выдачѣ ложится на гонорированнаго сонаслѣдника [12]). Если этотъ сонаслѣдникъ имѣетъ коллегатарія, то ничтожная часть легата въ силу jus accrescendi достается этому коллегатарію [13]). Если же онъ одинъ надѣленъ этимъ легатомъ, то онъ получаетъ недѣйствительную долю легата не какъ легатарій, а въ качествѣ наслѣдника (jure hereditario) [14]). Это имѣетъ практическія послѣдствія: напримѣръ, эта часть зачитывается ему

---

[3]) L. 2. 114 pr. D. 30. Ср., впрочемъ, L. 8 § 3 D. 29, 7. L. 12 § 5 D. 49, 15 *Windscheid*, § 624 пр. 3.

[4]) См. выше § 8, II, 2. *Windscheid*, § 625 пр. 1.

[5]) См. выше § 8, II, 1. § 24 J. 2, 20.

[6]) L. 32 § 6 D. 31. L. 22 C. 6, 20.

[7]) L. 20 D. 34, 5. L. 38 § 6 D. 32.

[8]) L. 19 § 2 L. 67 § 1 D. 30. L. 88 § 6 D. 31. L. 1 § 11. C. 6, 51. Ср. L. 34 pr. D. 30. L. 23 pr. C. 6, 37. *Windscheid*, § 625 пр. 5—9.

[9]) L. 16 D. 31.

[10]) L. 4 C. 6, 38.

[11]) Ulp. 24, 22. L. 18 D. 30.

[12]) L. 18 § 2 D. 34, 9.

[13]) L. 34 § 11, 12 L. 116 § 1 D. 30. *Dernburg*, III § 116.

[14]) L. 18. 87. 89. 91 § 2 D. 30. L. 12. 18 § 2 D. 34, 9.

въ quarta Falcidia (§ 30 ниже), тогда какъ легаты, полученные наслѣдникомъ, въ quarta Falcidia не зачитываются [15]).

c) Лицо, которое обязано уплатить отказъ легатарію, т.-е. *отягощено легатомъ*, называется у современныхъ юристовъ *oneratus*. Обязанность платить отказы можетъ быть возложена на всякое лицо, которое получаетъ что-либо mortis causa отъ наслѣдодателя [16]). Поэтому обязаннымъ лицомъ можетъ быть наслѣдникъ ex testamento или ab intestato [17]); фискъ, получающій bona vacantia [18]); легатарій или фидеикоммиссарій могутъ также въ свою очередь быть обременены отказами въ пользу какихъ-либо другихъ лицъ [19]). Но обязанность платить легаты, возлагаемая на всѣхъ этихъ лицъ, *не можетъ превышать размѣра того имущества, которое сами обязанныя лица получаютъ mortis causa отъ наслѣдодателя*. Легатъ недѣйствителенъ постольку, поскольку его сумма превышаетъ сумму того, что получено отъ наслѣдодателя обязаннымъ къ его выдачѣ лицомъ. L. 114 § 3 D. 30: Placet non plus posse rogari quem restituere, quam quantum ei relictum est.—Обязанное лицо можетъ быть обозначено завѣщателемъ [20]). Если завѣщатель его не обозначилъ, то обязаннымъ считается наслѣдникъ; нѣсколько сонаслѣдниковъ обязаны пропорціонально своимъ наслѣдственнымъ долямъ, если предметъ легата дѣлимъ, или солидарно, если онъ недѣлимъ [21]).

2) *Актъ совершенія отказа*. Отказъ можетъ быть совершенъ различными актами: a) Онъ можетъ быть назначенъ въ *завѣщаніи*. Объ этомъ актѣ мы уже говорили выше (§§ 5—11). b) Отказъ можетъ быть оставленъ *внѣ завѣщанія* въ особомъ актѣ, который называется *codicillus* или *codicilli*. Въ отличіе отъ завѣщанія (testamentum) *кодициллъ есть такое одностороннее распоряженіе на случай смерти, которое не содержитъ въ себѣ ни назначенія наслѣдника* (institutio heredis), *ни лишенія наслѣдства* (exheredatio) [22]). Что касается формы кодицилла, то этотъ актъ можетъ совершаться устно или письменно [23]) съ соблюденіемъ всѣхъ формальностей, установленныхъ для завѣщаній, но число свидѣтелей уменьшено до 5 и не требуется приложенія печатей свидѣтелей къ письменному кодициллу [24]). Кодициллъ можетъ составляться *въ добавленіе къ завѣщанію* (*codicilli ad testamentum pertinentes*), или же онъ составляется лицомъ, *не оставляющимъ завѣщанія* (*codicilli ab intestato*). Если кодициллъ подтвержденъ въ оставляемомъ на ряду съ нимъ завѣщаніи (*codicilli confirmati*), то въ немъ могутъ быть назначаемы опекуны [25]). Сила кодицилла, оставленнаго на ряду съ завѣ-

---

15) L. 74. 88. 91 D. 35, 2.—Подробности о *praelegatum* у *Windscheid*, § 627. *Dernburg* III, 115—116. *Arndts*, § 544.

16) L. 1 § 6 D. 32.

17) L. 1 § 7—10 D. 32.

18) L. 114 § 2 D. 30.

19) Pr. J. 2, 24.—См. сверхъ того, L. 3 D. 32. L. 77 § 1 D. 31 (m. c. donatio), L. 96 § 4 D. 30 (condic. impl. causa datum), L. 5 § 1 L. 6 pr. D. 31 (наслѣдники этихъ лицъ), L. 11 D. 30. Ulp. 25, 10 (ихъ домовладыки).

20) L. 29 § 1 D. 31. Корреальное обязат.: L. 8 § 1 D. 30. L. 25 pr. D. 32.

21) L. 33 pr. L. 44 pr. D. 31. L. 11 § 23. 24 D. 32. L. 7. D. 33, 3.

22) L. 10 D. 29, 7. § 2 J. 2, 25. Ср *Seeck* s. v. codicilli у *Pauly—Wissowa* R. Enc. т. VII.

23) L. 3 pr. C. 6, 4.

24) L. 8 § 3 C. 6, 36. L. 28 C. 6, 23. См. также L. 8 § 1a. C. 6, 22.

25) L. 3 pr. D. 26, 2.

щаніемъ, всегда неразрывно связана съ послѣднимъ; онъ теряетъ силу вмѣстѣ съ уничтоженіемъ завѣщанія даже тогда, когда онъ не былъ подтвержденъ въ завѣщаніи (codicilli non confirmati) [26]. Онъ всегда pro parte testamenti habetur. Самое завѣщаніе разсматривается иногда какъ кодициллъ; это бываетъ въ томъ случаѣ, если завѣщатель прибавилъ къ нему такъ наз. *clausula codicillaris*, т.-е. распоряженіе, что его завѣщаніе должно быть признано за кодициллъ, если оно почему-либо не получитъ силы завѣщанія (напримѣръ, если наслѣдникъ не приметъ наслѣдства, или одинъ или двое изъ 7 свидѣтелей окажутся неспособными быть свидѣтелями). Въ силу этого распоряженія недѣйствительное завѣщаніе получаетъ силу кодицилла ab intestato, если всѣ условія дѣйствительнаго кодицилла на лицо, легаты сохраняются, а назначенія наслѣдниковъ превращаются въ универсальные фидеикоммиссы, лежащіе на наслѣдникахъ ab intestato [27].

c) Отказъ можетъ быть оставленъ, наконецъ, по закону Юстиніана [28], посредствомъ *неформальнаго заявленія* (устнаго или письменнаго) *наслѣдодателя тому лицу, которое обременяется отказомъ* (т. наз. Oralfideicommis или fideicommissum heredi praesenti injunctum). Если возникаетъ споръ о томъ, оставленъ ли такой отказъ данному лицу, то споръ рѣшается *присягой* лица, на которое возложена обязанность выдать отказъ. Лицо, претендующее на отказъ, предлагаетъ лицу, на которое по его мнѣнію возложена обязанность выдать легатъ, принести присягу въ томъ, что этой обязанности не было установлено. Отказъ отъ принесенія этой присяги считается за доказательство того, что легатъ дѣйствительно отказанъ претендующему на него лицу. Впрочемъ, лицо, которому предложено принести присягу, можетъ предварительно потребовать отъ претендующаго на легатъ лица, чтобы оно въ свою очередь принесло присягу въ томъ, что требованіе заявляется имъ добросовѣстно (т. наз. jusjurandum de calumnia) [29].

3) *Содержаніе отказа. Предметомъ* отказа можетъ быть предоставленіе всякаго рода *имущественной или неимущественной выгоды*: напримѣръ, предметомъ отказа можетъ быть право погребенія въ извѣстномъ мѣстѣ (jus mortuum inferendi) [30]; на легатарія можетъ быть возложенъ фидеикоммиссъ эманципировать своихъ подвластныхъ дѣтей [31]. Во всякомъ случаѣ предоставленіе должно быть *физически возможнымъ и юридически допустимымъ* [32]: поэтому, напримѣръ, ничтоженъ отказъ res extra commercium [33]. Предметъ предоставленія долженъ быть достаточно *опредѣленъ*, такъ чтобы рѣшеніе вопроса, дать ли что либо легатарію [34] и что именно дать, не зависѣло исключительно отъ произвольнаго усмотрѣнія обремененнаго. Къ отказамъ могутъ быть прибавляемы *суспензивныя и резолютивныя условія*, всякаго

---

26) L. 3 § 2 L. 8 § 3 L. 16 D. 29, 7.

27) L. 29 § 1 D. 28, 1. L. 88 § 17 D. 31. L. 8 C. 6, 36. *Windscheid*, § 631. *Girard* стр. 919 пр. 2.

28) L. 32 C. 6, 42. § 12 J 2, 23.

29) Подробности у *Windscheid*, § 629.

30) L. 14 C. 6, 37.

31) L. 92 D. 35, 1 и къ этому *Windscheid*, § 634 пр. 1. *Баронъ*, § 440, 3.

32) L. 112 § 3 D. 30.

33) L. 39 § 7—10. D. 30. § 4 J. 2, 20. — Особая норма установлена въ Sctum 122 года по Р. Х.: нельзя отказывать составныхъ частей зданія. L. 41 § 1.—L. 43 § 1 D. 30.— Подробности у *Windscheid*, § 634, 2. *Dernburg* III, § 104, 2.

34) L. 69 § 4 D. 23, 3. L. 71 pr. D. 30.

рода *сроки*, а также *modus* [35]). (О томъ, какимъ образомъ легатарій принуждается къ исполненію modus'а, сказано было уже въ Общей части § 45).—

При отказахъ возможна *субституція*. Эта субституція можетъ быть двоякаго рода: a) Она можетъ состоять въ томъ же, въ чемъ состоитъ substitutio vulgaris при назначеніи наслѣдника [36]), т.-е. въ томъ, что субститутъ долженъ получить отказъ, если первый легатарій его почему-либо не пріобрѣтетъ. b) Но субституція при отказахъ можетъ состоять и въ томъ, что предметъ легата долженъ перейти въ опредѣленный срокъ отъ одного лица къ другому; напр., легатъ можетъ быть оставленъ съ тѣмъ, чтобы Тицій обладалъ отказанной ему вещью до своей смерти, а затѣмъ эта вещь была передана имъ Мевію и т. д. [36а]). Такая субституція называется (по современной терминологіи) *substitutio fideicommissaria*. Особымъ видомъ этой субституціи является т. наз. *семейный фидеикоммиссъ*, *fideicommissum familiae relictum*. Онъ состоитъ въ томъ, что извѣстная вещь отказывается членамъ опредѣленной семьи [37]) съ тѣмъ, чтобы по смерти перваго пріобрѣтателя она была передана членамъ той же семьи, по смерти этихъ послѣднихъ — снова членамъ той-же семьи и т. д. Отказъ или отчужденіе вещи, составляющей предметъ такого отказа, лицу, которое не принадлежитъ къ семьѣ, указанной завѣщателемъ, считается ничтожнымъ [38]), если только на него не послѣдовало согласія всѣхъ членовъ семьи [39]). Въ рукахъ четвертаго обладателя вещь, составляющая объектъ семейнаго фидеикоммисса, дѣлается, по распоряженію Юстиніана [40]), свободнымъ имуществомъ.

§ 29. Недѣйствительность отказа.

Отказъ можетъ быть недѣйствителенъ съ самаго начала или же онъ можетъ сдѣлаться недѣйствительнымъ съ теченіемъ времени.

I. *Недѣйствительны съ самаго начала* отказы, не отвѣчающіе изложеннымъ выше условіямъ совершенія ихъ. Недѣйствительность можетъ быть обусловлена отсутствіемъ testamenti factio activa у наслѣдодателя, отсутствіемъ у одаряемаго лица способности получить отказъ, несоблюденіемъ формальностей при совершеніи завѣщанія или кодицилла, самымъ содержаніемъ легата: напримѣръ, предметомъ легата является собственная вещь легатарія [1]) или вещь, относительно которой легатарій не имѣетъ jus commercii [2]); легатъ оставленъ въ пользу раба того наслѣдника, который обремененъ легатомъ [3]).

Относительно этой недѣйствительности легатовъ [4]) съ самаго начала су-

---

[35]) L. 1 pr. § 1. 2 L. 79 pr. § 1 D. 35, 1. L. 26 C. 6, 37.

[36]) L. 50 pr. D. 31. L. 1 § 7 C. 6, 51.

[36а]) Ср. L. 69 § 3 D. 31:—petiit, ne domus alienaretur, sed ut familiae relinqueretur. *Dernburg* III § 114.

[37]) Сюда именно относится опредѣленіе семьи въ L. 5 § 1 C. 6, 38, приведенное въ Семейн. пр. § 1, II. Ср. L. 69 § 4 D. 31.

[38]) L. 67 § 3 L. 69 § 3 D. 31.

[39]) L. 120 § 1 D. 30. L. 77 § 27 D. 31.

[40]) Nov. 159, c. 2.

[1]) L. 13 C. 6, 37. *Girard* стр. 914 пр. 5.

[2]) L. 49 § 2 D. 31. L. 62 D. 41, 1.

[3]) Gai 2, 244, § 32. J. 2, 20. *Girard*, стр. 915 пр. 6.

[4]) Но не назначенія наслѣдника; къ нему regula Catoniana не примѣняется. L. 3. 4 D. 34, 7. *Windscheid*, § 638 пр. 15—16.

ществуетъ общее правило, называемое по имени автора его [5]) *regula. Catoniana.* Это правило гласитъ: „quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit non valere“ [6]) т.-е. „легатъ, который былъ бы недѣйствителенъ, если бы завѣщатель умеръ тотчасъ по совершеніи завѣщанія, не имѣетъ силы, когда бы ни умеръ завѣщатель“. Это значитъ, что всѣ условія дѣйствительности легата обсуждаются *по моменту совершенія завѣщанія или кодицилла, въ которомъ онъ оставленъ*; если даже причина его недѣйствительности впослѣдствіи отпадетъ, то отъ этого легатъ не дѣлается дѣйствительнымъ. Такимъ образомъ, легатъ собственной вещи легатарія не станетъ дѣйствительнымъ, если легатарій продастъ эту вещь до смерти завѣщателя [7]); легатъ въ пользу собственнаго раба наслѣдника не будетъ дѣйствительнымъ, если даже наслѣдникъ отчудитъ этого раба до смерти завѣщателя [8]) и т. д.

Regula Catoniana есть не что иное, какъ примѣненіе къ легатамъ общаго правила: quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere (см. Общ. ч. § 47), и указываетъ только, что такимъ „initium“ для легата слѣдуетъ считать моментъ совершенія завѣщанія или кодицилла, а не моментъ смерти наслѣдодателя [9]). Regula Catoniana не относится только къ легатамъ, оставленнымъ подъ условіемъ и вообще къ тѣмъ, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem. Но это исключеніе, въ свою очередь, не примѣняется и regula остается въ силѣ даже по отношенію къ условному легату, если его недѣйствительность была основана на отсутствіи у завѣщателя testamenti factio [10]).

II. Легатъ, дѣйствительный съ самаго начала, можетъ *сдѣлаться недѣйствительнымъ впослѣдствіи* по разнымъ причинамъ.

а) Легатъ уничтожается, если завѣщаніе, въ которомъ онъ оставленъ, *утратитъ силу* [11]). Вмѣстѣ съ завѣщаніемъ теряютъ силу и codicilli testamentarii (см. выше § 28, II, 2). Впрочемъ, иногда и послѣ потери завѣщаніемъ силы, легаты, въ немъ назначенные, остаются дѣйствительными. Это бываетъ, напр., въ томъ случаѣ, когда наслѣдникъ по завѣщанію не принимаетъ наслѣдства спеціально для того, чтобы не платить легатовъ, назначенныхъ въ завѣщаніи [12]); онъ имѣетъ въ виду этимъ путемъ доставить тоже самое наслѣдство себѣ или третьему лицу не по завѣщанію, а ab intestato, т.-е. свободнымъ отъ легатовъ, назначенныхъ въ завѣщаніи; тогда такой наслѣдникъ и вошедшее съ нимъ въ соглашеніе третье лицо, если получатъ въ результатѣ то же самое наслѣдство ab intestato, принуждаются платить легаты, назначенные въ завѣщаніи (которое сдѣлалось testamentum destitutum), въ предѣлахъ перешедшей къ каждому изъ нихъ доли наслѣдства; это установлено статьей преторскаго эдикта, гласившей (по реституціи Ленеля [13]): „Si quis omissa causa testamenti ab intestato hereditatem partemve ejus posside-

---

[5]) Cato Censorius или его сынъ *Баронъ* § 442. *Girard*, стр. 915 пр. 3.
[6]) L. 1 pr. D. 34, 7.
[7]) L. 41 § 2 D. 30 L. 98 D 35, 1. § 10 J. 2, 20.
[8]) Gai 2, 244. § 32. J. 2, 20.
[9]) *Windscheid*, § 638 пр. 10.
[10]) L. 41. § 2. D. 30. L. 3 D. 34, 7. *Windscheid*, § 638 пр. 5 и 6.
[11]) L. 3 § 2. D. 29, 7. L. 81. D. 31.
[12]) tit. Dig 29, 4. Cod. 6, 39.
[13]) *Lenel*, Edictum perp. стр. 292.

bit dolove malo fecerit quominus possideret, causa cognita de legatis perinde actionem dabo atque si hereditatem ex testamento adisset“ [14]).

b) *Codicilli ab intestato* теряютъ силу, если наслѣдодатель совершитъ затѣмъ завѣщаніе, не подтверждая этихъ кодицилловъ [15]).

c) Если *honoratus умретъ раньше наступленія dies cedens* (см. объ этомъ ниже § 30), то легатъ, ему оставленный, теряетъ силу.

d) Легатъ уничтожается, *если отпадетъ oneratus* (напримѣръ, наслѣдникъ, на котораго возложенъ легатъ, не принимаетъ наслѣдства) и на его мѣсто не станетъ другое лицо, которое обязано уплатить легаты, возложенные на oneratus'а (трансмиссаръ, субститутъ [16]), лицо, получающее освободившуюся долю въ силу jus accrescendi [17]), фискъ, пріобрѣтающій bona vacantia [18]) и т. д. [19]). Но, если вмѣсто heres ab intestato, обремененнаго легатомъ, въ силу sucessio ordinum vel graduum, будетъ призванъ другой heres ab intestato, то онъ не обязанъ платить легатовъ, возложенныхъ на перваго [20]).

e) Легатъ уничтожается, если *исполненіе его стало невозможнымъ*: напр., погибъ объектъ легата [21]); легатарій безвозмездно пріобрѣлъ предметъ легата въ собственность [22]); въ послѣднемъ случаѣ мы имѣемъ т. наз. concursus duarum causarum lucrativarum [23]).

f) Легатъ уничтожается въ силу *отмѣны его наслѣдодателемъ*. Отмѣна эта можетъ быть совершена въ любой формѣ [24]). Если отмѣна легата сопровождается установленіемъ новаго легата, то мы имѣемъ т. наз. *translatio legati*. Эта translatio legati можетъ состоять къ перемѣнѣ лица легатарія, въ перемѣнѣ объекта легата, въ перемѣнѣ oneratus'а [25]).

§ 30. Пріобрѣтеніе отказа.

I. При пріобрѣтеніи легата слѣдуетъ различать два момента: dies legati cedens и dies legati veniens.

1) *Dies legati cedit (dies cedens)* по общему правилу, въ *моментъ смерти завѣщателя* [1]); но при легатахъ, оставленныхъ подъ суспензивнымъ условіемъ или осроченныхъ dies incertus, dies cedens наступаетъ въ моментъ *наступленія условія или срока* [2]). Значенія этого момента состоитъ въ томъ,

---

[14]) Подробности у *Windscheid*, § 641, 3.
[15]) L. 5 D. 29, 7 cf. § 1 J. 2, 25. *Dernburg* III, § 105, 2.
[16]) L. 74 D. 30 L. 61 § 1 D. 31.
[17]) L. 1 § 9. 10. 11 C. 6, 51. L. 49 § 4 L. 61 § 1 D. 31.
[18]) L. 96 § 1 L. 114 § 2 D 30.
[19]) См. L. 29 pr. D. 31. L. 1 § 4. 9 C. 6, 51.
[20]) L. 1 § 9 D. 32.
[21]) § 16–18 J. 2, 20.
[22]) § 6 J. 2, 20.
[23]) См. объ этомъ *Дернбургъ*, Обязат. пр. § 68 пр. 10. *Баронъ*, § 271. *Windscheid*, § 343 a.
[24]) L. 3 § 11 L. 15–18 D. 34, 4.
[25]) L. 6 pr. D. 34, 4. L. 20 D. eod.
[1]) L. 5 § 1 D. 36, 2. L 1 § 1 c. C. 6, 51. Ср. *Brückner* Vermächtnisserwerb nach gemeinem Recht 1901.
[2]) L. 4. 5 § 2 D. 36, 2. L. 75. 79 § 1 D. 35, 1. L. 1 § 7 C. 6, 51 См., сверхъ того *Windscheid*, § 642 пр. 11 — 13. *Girard*, стр. 921 пр. 3 *Dernburg* III, § 107, 1. Общ. часть § 42.

что если легатарій переживетъ его, сохранивъ способность къ полученію отказа, то его право на полученіе легата дѣлается наслѣдственнымъ, т.-е. переходитъ къ наслѣдникамъ самого легатарія [3]); точно также право на легатъ переходитъ на наслѣдниковъ легатарія, если послѣдній утратилъ test. factio passiva или capacitas послѣ dies cedens [4]). Если легатъ оставленъ рабу, то его пріобрѣтаетъ тотъ, въ чьей власти рабъ былъ die cedente.

2) *Dies legati venit* (*dies veniens*) *въ моментъ пріобрѣтенія наслѣдства тѣмъ лицомъ, которому оно открылось, если только dies cedens не наступаетъ позже этого момента.* [5]). При легатахъ, оставленныхъ съ прибавленіемъ dies certus, dies veniens наступаетъ съ *наступленіемъ срока* [6]). Значеніе этого момента состоитъ въ томъ, что съ его наступленіемъ легатарій или его наслѣдники могутъ требовать осуществленія ихъ права на легатъ (т.-е. исполненія содержанія легата [7]) и получаютъ право вчинать для этой цѣли соотвѣтственные иски противъ лица, на которое возложена обязанность уплатить легаты [8]).

Особаго *принятія легата* со стороны легатарія не требуется. Если это принятіе выражено въ какой-либо формѣ, то оно имѣетъ лишь то значеніе, что послѣ этого легатарій не можетъ больше отказаться отъ легата. Пока легатарій еще не выразилъ своей воли, онъ можетъ *отказаться отъ легата* [9]), который онъ ipso jure пріобрѣлъ съ наступленіемъ dies veniens [10]); въ случаѣ отказа считается, что онъ какъ бы никогда не пріобрѣталъ легата [11]).

Отказъ легатарія отъ легата и вообще *непріобрѣтеніе легата* легатаріемъ (легатарій умеръ до наступленія dies cedens) влечетъ за собою различныя послѣдствія. a) Если у легатарія имѣется *субститутъ* (см. выше § 28, II, 3), то легатъ достается субституту. b) Если легатарій имѣетъ *коллегатаріевъ*, которые re et verbis conjuncti съ нимъ или только re conjuncti (т.-е. указаны disjunctim), то наступаетъ *jus accrescendi*: освободившаяся часть легата пріобрѣтается коллегарію [12]). c) Если нѣтъ ни субститута, ни коллегатарія, имѣющаго jus accrescendi, то предметъ легата *остается у лица, на которое возложена была обязанность уплатить его* (oneratus [13]).

---

3) L. 5 pr. D. 36, 2.

4) *Windscheid*, § 642 пр. 8. См. сверхъ того *Girard*, стр. 921 пр. 1.

5) Gai 2, 195. 200. L. 19 § 1 D. 8. 6 L. 16 § 1 D. 28, 1. L. 5 § 8 D. 27, 9.

6) L. 9 § 2 D. 7, 9. L. 1 § 1 D. 35, 1.

7) L. 7 § 5 D 4, 3. L. 15 pr. D. 9, 2. L. 69 pr. D. 30.

8) L. 7 pr. D. 36, 2. Къ изложенному ср. *Windscheid*, § 642. *Баронъ*, § 443, I, 2.

9) L. 45 § 1 D. 31. Правила для отказа отъ легата въ общемъ тѣ же самыя, какъ для отказа отъ наслѣдства. *Windscheid*, § 643 пр. 3–5.

10) L. 77 § 3 D 31. L. 19 § 1 D. 8, 6.

11) Gai 2, 195. 200. L. 19 § 1 D. 8, 6. *Windscheid*, § 643 пр. 2. *Girard*, стр. 922 прим. 2: ученіе Прокулеянцевъ о пріобрѣтеніи leg. per. vindicationem.

12) Значеніе терминовъ „conjunctim" и „disjunctim" въ юстиніановомъ правѣ нѣсколько иное чѣмъ въ классическомъ. Въ институціяхъ (§ 8 J. 2, 20) они пояснены такъ: Conjunctim autem legatur velut si quis dicat „Titio et Sejo hominem Stichum do lego"; disjunctim ita „Titio hominem Stichum do lego, Sejo Stichum do lego". — Въ первомъ случаѣ не пріобрѣтенная доля легата прирастаетъ, если другой легатарій пожелаетъ того, и съ тѣмъ, чтобы онъ принялъ на себя обремененія, связанныя съ нею; во второмъ доля прирастаетъ сама собою, во обремененія не переходятъ на пріобрѣтателя. L. 1 § 11 C. 6, 51. *Dernburg* III, § 113. Ср. *Windscheid*, § 644—645. *Баронъ*, § 443. III, 2. Историческій очеркъ у *Girard*, стр. 926—928.

13) L. 17 pr. L. 60 D. 31. L. 1 § 3. 4. 7. 8. 11 C. 6, 51.

Иногда пріобрѣтенный легатъ утрачивается легатаріемъ *помимо его воли.* Это бываетъ: 1) если къ легату прибавлено *резолютивное условіе или dies ad quem* и они наступятъ; 2) если легатарій оказывается *недостойнымъ легата*; основанія недостойности здѣсь сходны съ тѣми, вслѣдствіе которыхъ совершается ereptio hereditatis [14]).

II. *Послѣ пріобрѣтенія легата*, которое совершается, какъ мы видѣли, ipso jure въ моментъ наступленія dies veniens, легатарій, не отказавшійся отъ легата, пріобрѣтаетъ и вещныя права, если таковыя вытекаютъ изъ легата, и обязательственныя. Права легатарія обезпечиваются законной гипотекой на имущество, которое обремененное лицо получило изъ наслѣдства [15]). Соотвѣтственно съ этимъ, легатарій имѣетъ противъ лица, обремененнаго легатомъ, частью вещные, частью обязательственные иски.

1) *Вещныя права пріобрѣтаются легатарію* съ наступленіемъ dies veniens въ томъ случаѣ, если наслѣдодатель отказалъ легатарію собственность или jus in re на вещь, которая принадлежитъ самому наслѣдодателю или на которую самъ наслѣдодатель имѣлъ соотвѣтственное jus in re. Если легатарій откажется отъ легата, то вещное право остается за наслѣдникомъ такъ, какъ если бы легатарій никогда не пріобрѣталъ его [16]).

2) Во всякомъ случаѣ, съ наступленіемъ dies cedens и dies veniens между лицомъ, отягощеннымъ легатомъ, и легатаріемъ на основаніи каждаго легата возникаетъ *обязательственное отношеніе* [17]). Это обязательство Юстиніанъ причисляетъ къ числу *obligationes quasi ex contractu* [18]). Легатарій получаетъ противъ oneratus'а обязательственный искъ—actio ex testamento—объ исполненіи легата [19]). Oneratus обязанъ на основаніи этого иска передать легатарію отказанный ему предметъ или выполнить иную возложенную на него обязанность. Онъ отвѣчаетъ за *culpa levis* по отношенію къ предмету легата; если же онъ самъ не сохраняетъ по исполненіи легата никакой выгоды отъ наслѣдства (напримѣръ, все наслѣдство исчерпано легатами, а права на вычетъ quarta Falcidia почему либо у него нѣтъ), то онъ отвѣчаетъ только за *culpa lata* [20]). Въ свою очередь легатарій долженъ возмѣстить oneratus'у тѣ необходимыя и полезныя (съ точки зрѣнія самого легатарія) *издержки* на отказанную вещь, которыя сдѣлалъ oneratus [21]).

3) Если легатъ оставленъ *подъ суспензивнымъ условіемъ или съ прибавленіемъ dies a quo*, то легатарій можетъ потребовать до наступленія условія или срока, чтобы oneratus представилъ ему *обезпеченіе* въ томъ, что съ наступленіемъ условія или срока, онъ выдастъ ему легатъ; это такъ наз. *cautio legatorum servandorum* [22]); если oneratus отказывается дать эту cautio, то легатарій можетъ потребовать *missio in possessionem*, ввода во владѣніе

---

[14]) Выше § 23, II. 5. Перечень ихъ см. у *Барона*, § 443, IV.

[15]) L. 1. 2 C. 6. 43. *Windscheid*, § 648, 1. *Dernburg* III, § 99, 4.

[16]) L. 1 C. 6, 43. § 2 J. 2, 20. *Arndts*, § 560. *Windscheid*, § 646. *Dernburg* III, § 99. 1. *Баронъ*, § 445. *Girard*, стр. 922 пр. 4.

[17]) L. 1 § 1 C. 6, 43. *Windscheid*, § 647. *Dernburg* III, § 99, 2. *Баронъ*, § 444.

[18]) § 5 J. 3, 27.

[19]) L. 18 D. 44, 7. L. 116 § 4 D. 30. L. 27. D. 46, 3. См. о ней *Girard*, стр. 611 пр. 1.

[20]) L. 26 § 1 L. 47 § 2. 4. 5 L. 59 L. 108 § 12 D. 30.

[21]) L. 58—61 D. 30.

[22]) Dig. 36, 3. *Lenel*, Ed. perp. стр. 421.

тѣмъ имуществомъ изъ наслѣдственной массы, которое находится въ рукахъ у oneratus'a [23]).

4) Если легатъ оставленъ подъ *суспензивнымъ потестативнымъ отрицательнымъ условіемъ* (condicio non faciendi), то легатарій можетъ потребовать, чтобы легатъ былъ ему выданъ немедленно; но при этомъ онъ долженъ установить oneratus'у уже извѣстную намъ *cautio Muciana* въ томъ, что возвратить ему легатъ въ случаѣ ненаступленія условія [24]).

§ 31. **Quarta Falcidia.**

Мы уже имѣли случай замѣтить (§ 28, II, 1), что лицо, отягощенное легатомъ, не обязано уплатить легатаріямъ больше того, чѣмъ оно само получило отъ наслѣдодателя. Было только одно исключеніе изъ этого правила: по предписанію Юстиніана [1]) наслѣдникъ долженъ былъ уплатить возложенные на него легаты *въ полномъ размѣрѣ* (даже изъ своихъ средствъ при недостаточности наслѣдства на ихъ уплату) въ томъ случаѣ, если онъ принималъ наслѣдство, не составивъ надлежащимъ образомъ инвентаря (см. объ инвентарѣ выше § 24).

Кромѣ этого обязанность наслѣдника платить легаты ограничивалась предѣлами, установленными *lex Falcidia*, изданной въ 714 году a. u. c. [2]). Этотъ законъ постановилъ, что наслѣдникъ не обязанъ выдавать въ качествѣ легатовъ *больше трехъ четвертей наслѣдства*; четвертая часть наслѣдства должна оставаться въ его пользу [3]); это—такъ называемая quarta Falcidia.

I. Право на вычетъ quarta Falcidia имѣетъ только *наслѣдникъ* (heres), *обремененный легатами* [4]). При этомъ безразлично, будетъ ли онъ heres ex testamento или ab intestato (на heres ab intestato могутъ быть также возложены легаты въ codicilli ab intestato; см. выше § 28, II, 2). Другія лица, получившія что-либо изъ наслѣдства, на которыхъ возложена обязанность платить легаты, не имѣютъ самостоятельнаго права на вычетъ quarta Falcidia; только въ томъ случаѣ, если полученная ими часть наслѣдства уже была сокращена вычетомъ изъ нея quarta Falcidia въ пользу наслѣдника, эти лица также могутъ пропорціонально сократить сумму возложенныхъ на нихъ легатовъ. Напримѣръ, Тицію оставленъ легатъ въ размѣрѣ 20, но на него возложенъ также легатъ въ пользу Мэвія въ размѣрѣ 5; если легатъ Тиція будетъ сокращенъ вычетомъ изъ него quarta Falcidia до размѣровъ 15, то и Тицій долженъ уплатить Мэвію не 5, а $3^3/_4$ [5]).

Quarta Falcidia должна остаться у наслѣдника *свободной отъ легатовъ*, *mortis causa donationes* [6]) и *тѣхъ предоставленій, которыя совершаются наслѣдникомъ для исполненія условія*, подъ которымъ онъ назначенъ на-

---

[23]) Dig. 36, 4. *Lenel*, Ed. perp. стр. 297.—Вещное пр. § 43, III, b.

[24]) L. 7 pr. L. 18 D 35, 1. O cauto Muciana см выше § 8, III, 1. Первоначально она была установлена именно для легатовъ, но затѣмъ примѣнялась и при назначеніи наслѣдника подъ аналогичнымъ условіемъ.

[1]) L. 22 § 14 C. 6, 30. Nov. 1 c. 2.

[2]) Dio Cassius 43, 33. *Dernburg*, § 100 пр. 8. *Girard*, стр. 917 пр. 3.

[3]) L 1 pr. D. 35, 2.

[4]) L. 1 pr. D. 35, 2.

[5]) L. 32 § 4 D. 35, 2.—L. 43 § 3 D. 35, 1.

[6]) L. 5 C. 6, 50.

слѣдникомъ въ завѣщаніи (так. наз. предоставленій condicionis implendae causa [7]).

При *исчисленіи размѣровъ* quarta Falcidia въ основаніе кладется *рыночная цѣна наслѣдственнаго имущества въ моментъ смерти завѣщателя* [8]). Прежде всего вычисляется стоимость всего *актива наслѣдства*, т.-е. стоимость тѣлесныхъ вещей и обязательственныхъ правъ наслѣдства [9]) (въ томъ числѣ и требованія наслѣдодателя къ наслѣднику [10]), а также jura in re aliena; затѣмъ вычитываются a) всѣ долги *наслѣдства*, включая долги наслѣдодателя наслѣднику [11]), и b) *издержки на погребеніе* [12]), на составленіе *инвентаря* и на *ликвидацію* наслѣдства [13]). Полученная сумма дѣлится согласно долѣ, въ которой данный наслѣдникъ участвуетъ въ наслѣдствѣ, а послѣдняя дѣлится затѣмъ на 4. Въ результатѣ устанавливается размѣръ, котораго должна достичь quarta Falcidia для даннаго наслѣдника.

Послѣ того, какъ указаннымъ путемъ будетъ опредѣлено, что наслѣдникъ *долженъ получить* въ качествѣ quarta Falcidia, необходимо установить, что наслѣдникъ *въ дѣйствительности получаетъ*, принимая въ разсчетъ всѣ распоряженія наслѣдодателя, т.-е. за вычетомъ изъ наслѣдственной доли всѣхъ обремененій (говоря иначе—какова его чистая доля въ наслѣдствѣ). При этомъ наслѣднику засчитывается только то, что онъ получаетъ jure hereditario [14]). Изъ этой суммы вычитается стоимость всѣхъ легатовъ и другихъ обремененій, приравненныхъ имъ, т.-е. фидеикоммиссовъ, mortis causa donatio, даренія супругу, condicionis implendae causa datum [15]). Полученная въ остаткѣ сумма и не должна быть ниже исчисленной раньше кварты.

Не засчитывается наслѣднику въ его кварту то, что онъ получаетъ изъ наслѣдства не въ качествѣ наслѣдника (не jure hereditario); сюда относится, напримѣръ, то, что онъ получаетъ отъ сонаслѣдника или отъ третьяго лица въ качествѣ прелегата, легата или condicionis implendae causa, или то, что онъ получаетъ отъ наслѣдодателя, какъ mortis causa donatio [16]). Все это онъ сохраняетъ *сверхъ* кварты.

Въ результатѣ этихъ вычисленій выясняется, остается ли въ пользу наслѣдника jure hereditario свободной отъ легатовъ доля наслѣдства, не меньше исчисленной для него quarta Falcidia, или нѣтъ. Если окажется, что возложенные на наслѣдника легаты и подобныя имъ предоставленія исчерпываютъ болѣе $^3/_4$ того, что наслѣдникъ получаетъ jure hereditario, то *всѣ легаты* ipso jure *дѣлаются ничтожными въ той части, въ которой они*

---

7) L. 18 C. 6, 50. См. о *condicionis implendae causa datum Баронъ*, § 460, 3.
8) L. 30 pr. § 2—4 L. 56 pr. L. 73 pr. D. 35, 2.
9) L. 63 § 1 D. 35, 2. L. 82 D. eod. (несостоятельность должника), L. 73 § 1 D. eod. (условное требованіе), L. 1 § 17 D. eod. (obl. naturalis).
10) L. 1 § 18 D. 35, 2.
11) L. 6 pr. C. 6, 50. L. 87 § 2 D. 35, 2.
12) L. 1 § 19 L. 2 D. 35, 2. § 2 J. 2, 22.
13) L. 72 D. 35, 2.
14) L. 74 L 91 D. 35, 2.
15) *Windscheid* § 652, 3. Отсроченные легаты дисконтируются, назначенные подъ суспенсивнымъ условіемъ—временно не принимаются въ разсчетъ; пожизненныя выдачи капитализируются на основаніи вѣроятной продолжительности жизни легатарія (L. 68 D. 35, 2).
16) Впрочемъ, завѣщатель можетъ распорядиться иначе. L. 56 § 5 L. 75 D. 35, 2.

превышаютъ дозволённую мѣру [17]), т.-е. каждый изъ нихъ пропорціонально уменьшается настолько, чтобы въ суммѣ они не превышали этой мѣры. Если предметомъ легата являются тѣлесныя вещи, то между наслѣдникомъ и легатаріемъ возникаетъ въ виду этого сособственность въ соотвѣтствующихъ доляхъ [18]). Если легатъ недѣлимъ, то легатарій обязанъ уплатить наслѣднику деньгами соотвѣтственную часть стоимости легата [19]).

Въ случаѣ *сомнѣнія* въ томъ, нарушена-ли quarta или нѣтъ, можно или не додавать части легата пока сомнѣніе не будетъ устранено, или же выдать весь легатъ сполна; въ первомъ случаѣ наслѣдникъ установляетъ легатарію cautio о доплатѣ недостающей части, если окажется, что quarta не нарушена; во второмъ случаѣ легатарій даетъ cautio наслѣднику о возвратѣ излишне полученнаго, если окажется, что quarta нарушена [20]).

Есть легаты, которыя *свободно по закону отъ вычета* quarta Falcidia.

Сюда относятся, напримѣръ, отказы въ пользу piae causae [21]), отказы обязательной доли [22]), отказы, оставляемые солдатомъ [23]). Такіе легаты при вычисленіи размѣровъ quarta Falcidia вычитаются изъ наслѣдственнаго актива на ряду съ долгами наслѣдства [24]).

Кромѣ того, согласно узаконенію *Юстиніана* въ Новеллѣ 1 с. 2 § 2, *каждый наслѣдодатель можетъ распорядиться, чтобы къ его завѣщанію не примѣнялись правила* о quarta Falcidia. Раньше этой Новеллы, quarta Falcidia не могла быть отмѣняема по волѣ завѣщателя; lex Falcidia устанавливала обязательную для всякаго завѣщателя границу въ свободѣ его распоряженій [25]).

Наконецъ, согласно той же Новеллѣ 1 с. 2 § 2, наслѣдникъ *теряетъ право* на вычетъ quarta Falcidia, если онъ не составитъ должнымъ образомъ *инвентаря* наслѣдства (выше прим. 1).

Конечно, самъ наслѣдникъ можетъ *отказаться отъ своего права* на quarta Falcidia; этотъ отказъ можетъ заключаться въ сознательной уплатѣ легатовъ полностью безъ вычета кварты. Такая уплата легатовъ полностью не считается за дареніе, дѣлаемое наслѣдникомъ легатаріямъ, но разсматривается, какъ выполненіе наслѣдникомъ моральной обязанности предъ наслѣдодателемъ [26]).

II. Если *наслѣдниковъ нѣсколько*, то каждый изъ нихъ имѣетъ *самостоятельное* притязаніе на полученіе кварты своей наслѣдственной доли; при этомъ не принимается во вниманіе, насколько обременены легатами доли остальныхъ сонаслѣдниковъ (in singulis heredibus ratio legis Falcidiae ponenda est [27]).

---

17) L. 73 § 5 D. 35, 2.
18) L. 1 § 5 D. 43, 3. L. 26 D. 35, 2.
19) L. 7. 23. 80 § 1 D. 35, 2.
20) L. 73 § 1 D. 35, 2. D. 35, 3.
21) Nov. 131 c. 12.
22) L. 36 pr C. 3, 28. L. 87 § 4 D. 31.
23) L. 7 C. 6, 50 L. 3 § 1 D. 36, 1.
24) L. 18 pr. D. 29, 1. *Dernburg* III § 101 пр. 35.
25) L. 15 § 1. 8 L. 27 D. 35, 2. L. 11 C. 6, 50.
26) Уплата, сдѣланная по извинительному заблужденію, можетъ быть истребована съ помощью cond. indebiti. L. 9 § 5 D. 22, 6. L. 1. 9. 19 C. 6, 50 L. 5 § 15 D. 24, 1. L. 70 (68) § 1 D. 36, 1. L. 19. 20 D. 42, 8. L. 20 § 1 L. 46 D. 35, 2. *Хвостовъ*, Нат. обязат. стр. 364 сл.
27) § 1. J. 2, 22. L. 77. D. 35, 2. Слѣдовательно, если сумма наслѣдства = 400, и

III. Если наслѣдникъ кромѣ своей наслѣдственной доли получитъ другую долю, которая *уже была пріобрѣтена* другимъ наслѣдникомъ (напримѣръ, одинъ наслѣдникъ сталъ наслѣдникомъ другого по смерти послѣдняго), то кварта исчисляется также особо для каждой доли, смотря по величинѣ легатовъ, возложенныхъ на каждую долю въ отдѣльности [28]).

Когда наслѣдникъ соединяетъ въ своихъ рукахъ нѣсколько долей наслѣдства въ силу *jus accrescendi*, то кварты исчисляются отдѣльно, если излишне обременена отказами не первоначальная доля наслѣдника, а доля, полученная по приращенію; было бы несправедливо покрывать изъ собственной доли наслѣдника то, чего не достаетъ въ долѣ, доставшейся по приращенію. Если же, наоборотъ, излишне обременена отказами первоначальная доля наслѣдника, а въ приростающей долѣ есть излишекъ, превышающій quarta Falcidia, то этотъ излишекъ идетъ на пополненіе недочета въ первоначальной долѣ [29]). Подобныя же правила примѣняются и въ томъ случаѣ, когда наслѣдникъ сверхъ своей первоначальной доли пріобрѣтаетъ долю сонаслѣдника, доставшуюся ему въ силу *субституціи* [30]).

Если наслѣдникъ *въ силу нѣсколькихъ назначеній его наслѣдникомъ* (напримѣръ, въ одной части онъ назначенъ безусловно, въ другой подъ условіемъ, и условіе это наступаетъ) соединитъ въ своихъ рукахъ нѣсколько наслѣдственныхъ долей, то кварта исчисляется для всѣхъ долей по совокупности [31]).

Глава II. Отдѣльные виды легатовъ и фидеикомиссовъ. Mortis causa donatio.

§ 32. Легаты тѣлесныхъ вещей, jura in re aliena и обязательствъ.

I. Если предметомъ легата является *тѣлесная вещь*, то характеръ отказа зависитъ отъ того, обозначена ли вещь индивидуальными признаками,— тогда мы имѣемъ *species legata*, или же она обозначена только родовыми, генерическими признаками—*genus legatum*.

Разсмотримъ сначала *легатъ индивидуально опредѣленной вещи*. Здѣсь возможны четыре комбинаціи: 1) Вещь *принадлежала уже наслѣдодателю*. Въ этомъ случаѣ легатъ дѣйствителенъ даже, если наслѣдодатель по ошибкѣ считалъ вещь чужою [1]). Согласно сказанному выше (въ § 30, II), легатарій съ наступленіемъ dies veniens дѣлается ipso jure собственникомъ отказанной вещи и можетъ ее виндицировать у наслѣдника и всякаго третьяго владѣльца.

Тицій и Сей назначены наслѣдниками въ разныхъ доляхъ, причемъ на Тиція возложены легаты въ суммѣ 200, а на Сея—въ суммѣ 100, то Тицій имѣетъ право вычесть себѣ въ качествѣ quarta 50, хотя наслѣдство *въ цѣломъ* обременено легатами лишь въ $^3/_4$. *Dernburg* III. § 101 пр. 5.

28) L. 1 § 15 D. 35, 2.

29) L. 78 D. 35, 2.

30) L. 1 § 13 D. 35, 2. Ср , впрочемъ. L. 87 § 4 D. eod. и къ этому *Dernburg* III, § 101 пр. 10. Ср. *Windscheid*, § 653, 3. *Arndts*, § 564 пр. 3. *Vangerow* II, § 535, III.

31) L. 11 § 7 L. 87 § 3 D. 35, 2.

1) § 11 J. 2, 20.

2) Вещь *принадлежитъ лицу, отягощенному легатомъ* (oneratus). Легатъ считается дѣйствительнымъ, хотя бы наслѣдодатель ошибочно считалъ вещь своею [2]. Легатарій получаетъ съ наступленіемъ dies veniens не собственность на вещь, но обязательственное притязаніе о выдачѣ ея противъ oneratus. 3) *Вещь принадлежитъ какому-либо третьему лицу.* Если наслѣдодатель зналъ объ этомъ, то легатарій получаетъ право требовать отъ oneratus пріобрѣтенія этой вещи и передачи ея или же уплаты ему, легатарію, цѣны отказанной вещи [3]. Если наслѣдодатель не зналъ, что отказываемая вещь принадлежитъ третьему лицу, но онъ самъ или oneratus имѣлъ на эту вещь jus in re или bonae fidei possessio, то легатарій можетъ требовать передачи ему этого jus in re или зачесть въ свою пользу срокъ давностнаго владѣнія, истекшій уже въ пользу его предшественника [4]. 4) *Вещь принадлежитъ самому легатарію* съ момента назначенія легата. Тогда легатъ ничтоженъ, даже въ случаѣ позднѣйшаго отчужденія вещи легатаріемъ [5] (въ силу regula Catoniana; см. выше § 29, I). Если легатарій пріобрѣлъ вещь уже по совершеніи легата, и притомъ пріобрѣлъ ее возмездно не отъ наслѣдодателя, то oneratus долженъ уплатить легатарію стоимость вещи [6].

Если предметомъ легата является *вещь, опредѣленная* родовыми признаками (genus legatum), и вещи такого рода имѣются въ составѣ наслѣдственной массы, то легатарій можетъ выбрать для себя одну изъ нихъ [7]. Если такихъ вещей въ наслѣдствѣ нѣтъ, то oneratus долженъ пріобрѣсти вещь, необходимую для удовлетворенія легатарія [8]. Легатъ долженъ быть достаточно опредѣленъ по количеству и качеству, чтобы быть дѣйствительнымъ [9].

II. Если предметомъ легата являются *jura in re aliena*, то возможны четыре комбинаціи. 1) Наслѣдодатель можетъ путемъ *легата перенести на легатарія какое-либо* jus in re, допускающее передачу его и *принадлежащее самому наслѣдодателю* (эмфитевзисъ, суперфицій [10]). Онъ можетъ также обязать oneratus'а перенести на легатарія такое jus in re, принадлежащее oneratus'у [11]. 2) Онъ можетъ *погасить въ пользу легатарія* jus in re, принадлежавшее наслѣдодателю на вещь самого легатарія; тогда въ моментъ dies veniens это jus in re прекращается ipso jure [12]. Онъ можетъ также обязать oneratus'а погасить въ пользу легатарія jus in re, принадлежащее oneratus'у на вещь легатарія. 3) Наслѣдодатель можетъ *вновь установить* jus in re *для легатарія*. Если jus in re устанавливается на вещи самого наслѣдодателя, то оно ipso jure возникаетъ съ наступленіемъ dies veniens. Если предметомъ легата является установленіе jus in re на вещи oneratus'а, то въ моментъ dies veniens возникаетъ только обязанность для oneratus'а установить это jus

---

2) L. 67 § 8 D. 31.
3) § 4 J. 2, 20. L. 39 § 7. 8 D. 30.
4) Dig. pro legato 41, 8. L. 14 § 1 D. 41, 3. L. 71 § 6 D. 30 cp. L. 39 § 3 eod.
5) L. 13 C. 6, 37 cf. L. 71 § 5 L. 82 § 1 L. 86 pr. § 4 L. 39 § 2 D. 30.
6) § 6 J. 2, 20. L. 34 § 7. 8 D. 30.
7) § 22 J. 2, 20 L. 37 pr. D. 30 L. 108 § 2 D. eod.
8) L. 3 pr. L. 4 D. 33, 6. L. 96 pr. D. 30.
9) L. 69 § 4 D. 23, 3. L. 71 pr. D. 30.
10) L. 71 § 6 D. 30. L. 1 § 7 D. 43, 18.
11) *Windscheid*, § 656 пр. 8.
12) L. 71 § 5 L. 86 § 4 D. 30 L. 1 § 1 D. 34, 3.

in re для легатарія. Если, наконецъ, отказывается jus in re на вещи третьяго лица, то легатъ дѣйствителенъ только тогда, когда завѣщатель зналъ, что эта вещь ему не принадлежитъ; съ наступленіемъ dies veniens возникаетъ обязанность для onepatus'a добиться установленія этого jus in re для легатарія отъ третьяго лица или уплатить стоимость jus in re легатарію [13]). 4) Наслѣдодатель можетъ *отказать право собственности на свою вещь легатарію, но съ тѣмъ, чтобы послѣдній обременилъ пріобрѣтенную имъ вещь* jure in re *въ пользу какого-либо третьяго лица;* можно напримѣръ отказать Тицію домъ „deducto usufructu" въ пользу Мэвія [14]).

III. Если предметомъ легата является *обязательственное право*, то возможны также четыре комбинаціи. 1) Наслѣдодатель можетъ отказать легатарію *право требованія, которое наслѣдодатель самъ имѣетъ противъ третьяго лица* (*nomen legatum* [15]). Въ dies veniens легатарій ipso jure становится цессіонаріемъ по этому праву требованія и можетъ вчинать actio utilis противъ должника. Но онъ можетъ потребовать и фактической цессіи отказаннаго ему права требованія отъ наслѣдника [16]), причемъ, однако, наслѣдникъ не отвѣчаетъ ни за способность должника къ платежу (nomen bonum), ни даже за существованіе отказаннаго обязательства (nomen verum), ибо при ничтожности этого обязательства и самый легатъ его считается ничтожнымъ [17]). 2) Наслѣдодатель можетъ *сложить съ легатарія долгъ,* который лежитъ на легатаріи передъ наслѣдодателемъ (*liberatio legata*). Въ такомъ случаѣ легатарій ipso jure не освобождается отъ своего долга, но съ момента dies veniens онъ можетъ противопоставить иску наслѣдника по поводу этого долга exceptio doli; кромѣ того, онъ можетъ самъ потребовать искомъ отъ наслѣдника освобожденія его отъ долга (посредствомъ, pactum de non petendo или acceptilatio [18]). 3) Наслѣдодатель можетъ *отказать легатарію то, что онъ самъ долженъ легатарію* (*debiti legatum*). Такой легатъ ничтоженъ и не принимается въ расчетъ при исчисленіи quarta Falcidia, за исключеніемъ того случая, когда онъ доставляетъ какую-либо выгоду легатарію (напримѣръ, въ легатѣ заключается отказъ наслѣдодателя-должника отъ срока, раньше котораго легатарій-кредиторъ не могъ взыскивать съ него долга [19]). 4) Легатъ можетъ относиться къ *праву требованія, принадлежащему не наслѣдодателю, а какому-либо другому лицу* (напримѣръ наслѣднику), *или по которому должникомъ является не легатарій или наслѣдодатель, а другое лицо.* Напримѣръ, на наслѣдника можетъ быть возложена обязанность уступить легатарію право требованія, которое самъ наслѣдникъ имѣетъ противъ третьяго лица [20]).

IV. Своеобразно толковались римскимъ правомъ легаты, цѣлью которыхъ было обезпечить кого-либо на срокъ или пожизненно. Это былъ, вѣроятно,

---

13) § 4 J. 2, 3. § 1 J. 2, 4. Dig. 33, 2 и 3. L. 26 pr. D. 13, 7. *Windscheid,* § 656, 1.
14) L. 6 pr. D. 7, 1. L. 66 § 7 D. 31. L. 4 D. 33, 2. L. 14 C. 3, 33. § 1 J. 2, 4.
15) L. 18 C. 6, 37.
16) L. 44 § 6 L. 75 § 2 L. 105 D. 30. § 21 J. 2, 20.
17) L. 75 § 1. 2 D. 30. L. 25 D. 34, 3. § 21 J. 2, 20. Cf. L 11 § 13 L. 64 D. 32.
18) L. 3 § 3 L. 7 § 1 L. 22 D. 34, 3.
19) L. 11. 13. 14. 25 D. 34, 3. L. 28 pr. L. 29 D. 30. § 14 J. 2, 20.
20) Другіе примѣры у *Arndts,* § 576 пр. 8. Объ альтернативномъ легатѣ, легатѣ цѣлаго имущества и т. п. см. *тамъ-же* §§ 570—573; 577—579.

одинъ изъ весьма древнихъ поводовъ къ отказамъ въ пользу членовъ семьи. Сюда относится отказъ *пожизненнаго владѣнія* (ususfructus и quasi-ususfructus—D. 7, 2) и отказъ срочной или пожизненной *ренты* (D. 33, 1). Послѣдняя разсматривалась какъ совокупность столькихъ отказовъ, сколько было отдѣльныхъ срочныхъ платежей: для каждаго изъ нихъ dies cedens наступалъ отдѣльно и съ его наступленіемъ для легатарія открывалось право на полный срочный платежъ. При ежегодной уплатѣ ренты, слѣдовательно, было достаточно, чтобы легатарій дожилъ до начала года. Допускалось даже установленіе *вѣчныхъ* рентъ въ пользу легатарія и его наслѣдниковъ.—Для отказовъ *алиментовъ*, наконецъ, былъ установленъ рядъ льготъ [21]).

§ 33. Legatum partitionis и fideicommissum hereditatis.

I. Предметомъ отказа могутъ быть не только отдѣльныя вещи, но и *все наслѣдство или его квота, или доля* (дробная часть, напримѣръ, $^1/_2$, $^1/_3$, $^1/_4$ и т. д.). Такой отказъ можетъ быть сдѣланъ до Юстиніана *въ двухъ видахъ*: какъ *legatum partitionis* и какъ *fideicommissum hereditatis*. Первая форма возлагаетъ, въ сущности, на наслѣдника обязанность подѣлить съ легатаріемъ, въ извѣстной пропорціи, наслѣдственное имущество, съ тѣмъ чтобы легатарій обязался нести пропорціональную долю наслѣдственныхъ долговъ. Такая partitio legata осуществлялась путемъ передачи отдѣльныхъ наслѣдственныхъ вещей и установленія соотвѣтствующихъ стипуляцій. Она устанавливала, слѣдовательно, всегда лишь *сингулярное* преемство. При Юстиніанѣ она исчезла въ результатѣ сліянія легатовъ и фидеикоммиссовъ [1]). Fideicommissum hereditatis, напротивъ, превратился въ способъ установленія *универсальнаго* преемства; положеніе фидеикоммиссара послѣ выдачи ему наслѣдства фидуціаромъ стало аналогичнымъ съ положеніемъ наслѣдника. Исторія fideicommissum hereditatis изложена была уже въ § 2, II. Теперь мы ограничимся изложеніемъ нормъ Юстиніанова права.

II. *Fideicommissum hereditatis.* Этого рода отказъ въ юстиніановомъ правѣ устанавливаетъ всегда *универсальное преемство* фидеикоммиссара, послѣ того, какъ отказъ исполненъ наслѣдникомъ (ex testamento или ab intestato), на котораго онъ возложенъ (фидуціаръ) [2]). Фидеикоммиссаръ занимаетъ послѣ этого мѣсто наслѣдника во всемъ наслѣдствѣ или въ части его и ipso jure дѣлается отвѣтственнымъ за долги наслѣдодателя [3]).

Fideicommissum hereditatis можетъ имѣть своимъ предметомъ *все на-*

---

[21]) См. *Dernburg*, III § 111.

[1]) См. о legatum partitionis § 5 J. 2, 23. Ulp. 24, 25; 25, 15. L. 8 § 5 L. 9 D. 31. L. 26 § 2 L. 27 D. 30. *Windscheid*, § 662 пр. 1. *Dernburg* III, § 119 пр. 6. *Girard*, стр. 928. Ср. *Баронъ* § 454 особ. въ концѣ.

[2]) Fideicommissum hereditatis, сверхъ того, можетъ быть возложено и на универсальнаго фидеикоммиссарія. L. 1 § 8 L. 57 (55) § 2 D. 36, 1. *Windscheid*, § 663 пр. 3. *Dernburg* III, § 119 пр. 9.

[3]) О различіи его положенія съ положеніемъ heres'а см. *Girard*, стр. 931 пр. 6.

слѣдство или его квоту или долю [4]). Назначается онъ такъ же, какъ и всякій другой отказъ [5]). Въ порядкѣ его пріобрѣтенія та особенность, что фидеикоммиссаръ можетъ *принудить обремененнаго фидеикоммиссомъ наслѣдника (фидуціара) вступить въ наслѣдство и выдать это наслѣдство ему, фидеикоммиссару* [6]). Права и обязанности фидуціара и фидеикоммиссара различны, въ зависимости отъ того, состоялось ли вступленіе фидуціара въ наслѣдство добровольно или по принужденію со стороны фидеикоммиссара.

1) *Фидуціаръ вступилъ въ наслѣдство добровольно.* Въ этомъ случаѣ для фидуціара возникаетъ обязанность въ назначенное въ завѣщаніи или въ кодициллѣ время выдать все наслѣдство или его долю фидеикоммиссару.

а) *До реституціи наслѣдства* фидеикоммиссару *положеніе наслѣдника занимаетъ фидуціаръ* (heres fiduciarius). Онъ получаетъ собственность на вещи, входящія въ составъ наслѣдства [7]), дѣлается кредиторомъ по правамъ требованія, входящимъ въ составъ наслѣдства, и отвѣчаетъ передъ кредиторами наслѣдства и легатаріями [8]). Но на немъ лежитъ *обязанность* тотчасъ же или въ срокъ, указанный наслѣдодателемъ, выдать все наслѣдство или его долю фидеикоммиссару. Эта обязанность даетъ себя чувствовать уже теперь. Ея дѣйствіе проявляется въ слѣдующихъ отношеніяхъ. 1) Фидуціаръ долженъ заботливо относиться *къ управленію наслѣдственной массой*, которую онъ долженъ будетъ выдать; онъ отвѣчаетъ, при этомъ, или за culpa levis, или за culpa lata, смотря по тому, останется ли у него какая-либо выгода послѣ реституціи наслѣдства или нѣтъ [9]). 2) Онъ можетъ требовать послѣ реституціи отъ фидеикоммиссара пропорціональнаго возмѣщенія сдѣланныхъ имъ на наслѣдство *издержекъ* и снятія съ него обязательствъ, принятыхъ имъ на себя при управленіи наслѣдствомъ [10]). 3) Онъ не долженъ *отчуждать* ничего изъ наслѣдства безъ крайней нужды (напр., разрѣшается отчужденіе для погашенія изъ вырученной суммы долговъ наслѣдства [11]), или когда продажа необходима при правильномъ веденіи хозяйства [12]). Впрочемъ, завѣщатель можетъ разрѣшить отчуждать изъ наслѣдства и вообще тратить наслѣдственное имущество; такое дозволеніе заключается въ оставленіи такъ наз. fideicommissum ejus quod superfuturum erit, т.-е. въ приказаніи выдать фидеикоммиссару то, что останется изъ наслѣдства въ моментъ смерти фиду-

---

[4]) L. 17 (16) § 4. D. 36, 1.

[5]) См. объ этомъ *Windscheid*, § 663. *Dernburg* III, § 119 пр. 7.

[6]) L. 4 D. 36, 1. L. 17 D. 29, 4. § 6, 7 J. 2, 23. *Windscheid*, § 664. *Dernburg* III, § 121, 3.

[7]) L. 18 § 2 L. 28 (27) § 1 D. 36, 1.

[8]) L. 28 (27) § 7 D. 36, 1. L. 104 D. 46, 3. О происходящей при этомъ *confusio* см. L. 61 (59) pr. L. 82 (80) L. 28 (27) § 11 D. 36, 1. L. 75 (73) § 1 D. eod. и къ этому *Dernburg* III, § 120, 2. *Windscheid*, § 665 пр. 2—4 а.—Плоды, полученные съ наслѣдства между вступленіемъ въ него и выдачею фидеикоммиссарію, фидуціаръ, обыкновенно, удерживаетъ окончательно. Въ предоставленіи ему этихъ плодовъ часто состоитъ цѣль совершенія fideicommissum hereditatis. L. 19 (18) pr. L. 28 (27) § 1 D. 36, 1. *Dernburg* III § 119 пр. 12. *Windscheid*, § 665 пр. 6.

[9]) L. 23 (22) § 3 D. 36, 1. *Windscheid* § 665 пр. 7 Иначе *Dernburg* III, § 120 пр. 14. *Arndts*, § 583.

[10]) L. 20 (19) § 2 L. 23 (22) § 3 L. 37 (36) L. 71 (69) D. 36, 1.

[11]) L. 38 pr. D. 32.

[12]) L. 23 (22) § 3 D. 36, 1. Подробности у *Windscheid* § 665 пр. 8—11.

ціара: въ такомъ случаѣ (по рѣшенію Юстиніана) фидуціаръ въ правѣ истратить $^{3}/_{4}$ наслѣдства [13]).

Самая *реституція* совершается посредствомъ неформальнаго соглашенія объ этомъ фидуціара съ фидеикоммиссаромъ или посредствомъ фактической передачи послѣднему наслѣдственной массы (всей или доли, смотря по содержанію фидеикоммисса [14]). Реституція замѣняется соотвѣтственнымъ судебнымъ рѣшеніемъ. Фидуціаръ обязанъ выдать только то изъ наслѣдства, что онъ получилъ самъ въ качествѣ наслѣдника [15]); поэтому онъ не выдаетъ то, что получено имъ въ качествѣ прелегата отъ сонаслѣдниковъ [16]) или condicionis implendae causa [17]). Онъ имѣетъ право вычесть изъ выдаваемаго наслѣдства четверть наслѣдства (или четверть своей наслѣдственной доли), которая называется *quarta Trebellianica*. Эта quarta подлежитъ въ общемъ тѣмъ же правиламъ, какъ и quarta Falcidia [18]). Между прочимъ, фидуціаръ долженъ въ нее зачесть все, что онъ въ правѣ удержать при реституціи изъ наслѣдства по распоряженію наслѣдодателя въ качествѣ наслѣдника (jure hereditario), напр., отдѣльныя вещи, указанныя въ завѣщаніи, [18a]) свою чистую долю наслѣдства, часть оставленнаго ему прелегата, обременяющую его собственную наслѣдственную долю (см. о прелегатѣ выше § 28, II, 1). Но онъ не зачитываетъ то, что онъ получаетъ отъ другихъ лицъ condicionis implendae causa, ибо это предоставленіе дѣлается ему не изъ наслѣдства, а также тѣ части прелегата, которыя онъ получаетъ отъ сонаслѣдниковъ, ибо онъ получаетъ ихъ не jure hereditario, a jure legatarii [19]).

b) *Послѣ реституціи наслѣдства* фидуціаръ сохраняетъ относительно выданнаго наслѣдства (или его части) только *nudum nomen heredis* [20]); *въ положеніе наслѣдника становится фидеикоммиссаръ* [21]); послѣдній въ качествѣ actiones utiles можетъ вчинать всѣ иски, принадлежащіе наслѣднику; т.-е. иски сингулярные и универсальные [22]) (см. § 26); противъ остальныхъ наслѣдниковъ онъ имѣетъ a. familiae erciscundae utilis [23]). Онъ дѣлается отвѣтственнымъ передъ кредиторами наслѣдства. Что касается *легатаріевъ*, то ихъ положеніе опредѣляется слѣдующимъ образомъ. Наслѣдодатель можетъ возложить легаты и на самого фидеикоммисарра, и на фидуціара. Легаты, возложенные на фидеикоммиссара, послѣдній платитъ одинъ; онъ не можетъ вычитать съ нихъ quarta Falcidia [24]), ибо (какъ уже было указано въ § 31, I) право на эту quarta имѣетъ только heres. Легаты, возложенные на фидуціара,

---

[13]) Остальную четверть онъ можетъ истратить только въ особыхъ случаяхъ, указанныхъ закономъ: Nov. 108 и къ этому *Windscheid*, § 665 пр. 12—14. *Dernburg* III, § 123.

[14]) L. 38 (37) L. 39 (38) L. 41 (40) § 2 D. 36, 1. См. еще *Windscheid*, § 666 пр. 9—10 *Dernburg* III, § 119, 4.

[15]) L. 61 (59) § 1 D. 36, 1.

[16]) L. 19 (18) § 3 D. 36, 1.

[17]) L. 44 § 4 D. 35, 1.

[18]) Gai 2, 254 L. 28 (27) § 10 L. 66 (64) § 3 D. 36, 1.—Nov. 1. c. 2 § 2.

[18a]) § 9 J. 2, 23.

[19]) L. 30 § 7 L. 91 L. 93 D. 35, 2. *Windscheid* § 666 пр. 8. *Dernburg* § 122 прим. 20.

[20]) L. 1 § 19 D. 36, 3.

[21]) L. 28 § 7 L. 65 pr. D. 36, 1. § 4. 7 J. 2, 23.

[22]) tit. Dig 5, 6. L. 1 § 2 D. 36, 1. § 4 J. 2, 23.

[23]) L. 28 (27) § 11 D. 36, 1.

[24]) L. 47 § 1 D. 35, 2.

несутъ на себѣ фидуціаръ и фидеикоммиссаръ сообща, пропорціонально долѣ наслѣдства, выданной фидеикоммиссару и оставшейся у фидуціара [25]); quarta Falcidia вычитается только фидуціаромъ [26]). Если у фидуціара ничего не осталось изъ наслѣдства, то возложенные на него легаты падаютъ полностью на фидеикоммиссара [27]).

2) *Фидуціаръ отказался принять наслѣдство и вступилъ въ него по принужденію.* Въ такомъ случаѣ фидуціаръ получаетъ только nudum nomen heredis, но не имѣетъ ни выгодъ, ни невыгодъ отъ своего вступленія въ наслѣдство [28]). Онъ долженъ выдать фидеикоммиссару все наслѣдство или всю свою долю въ наслѣдствѣ, даже въ томъ случаѣ, когда предметомъ универсальнаго фидеикоммисса является только часть наслѣдства или наслѣдственной доли [29]). Онъ не имѣетъ права на вычетъ quarta Trebellianica [30]). Фидеикоммиссаръ вполнѣ замѣняетъ собою наслѣдника во всѣхъ, причитавшихся послѣднему, частяхъ наслѣдства; онъ можетъ даже вычитать съ легатовъ, возложенныхъ на фидуціара, quarta Falcidia, если ее могъ бы вычесть самъ фидуціаръ въ случаѣ добровольнаго вступленія въ наслѣдство [31]).

§ 34. **Mortis causa donatio.**

I. *Mortis causa donatio* или *дареніе на случай смерти* есть въ сущности *сдѣлка inter vivos*; это дареніе совершается не посредствомъ завѣщательнаго распоряженія или иного акта, содержащаго въ себѣ послѣднюю волю лица. Тѣмъ не менѣе мы разсматриваемъ этотъ видъ даренія въ наслѣдственномъ правѣ, въ связи съ ученіемъ о легатахъ и фидеикоммиссахъ, въ виду того, что *цѣль* donatio mortis causa *аналогична съ цѣлью, которую преслѣдуетъ оставленіе легата*, и что къ donatio mortis causa были примѣнены многія правила, установленныя для легатовъ.

II. *Donatio mortis causa есть дареніе, которое сдѣлано на тотъ случай, что даритель умретъ раньше одареннаго лица* [1]). Особенность этого даренія заключается въ его *цѣли* (*causa* Общ. ч. § 43): оно дѣлается для того, чтобы получатель сохранилъ сдѣланное ему предоставленіе, какъ память объ умершемъ дарителѣ. Поэтому такое дареніе становится безповоротнымъ только тогда, когда одаряемый переживаетъ дарителя [2]).

Donatio mortis causa совершается въ формѣ самыхъ разнообразныхъ сдѣлокъ между живыми, т.-е. въ формѣ traditio вещи, заключенія стипуляціи, отказа отъ какого-либо права. Всѣ эти сдѣлки могутъ быть заключены *без-*

---

25) L. 2 C. 6, 49. L. 1 § 20 D. 36, 1. L. 1 § 19 L. 15 § 1 D. 36, 3.
26) L. 2 L. 3 § 2 L. 53 (51) D. 36, 1.
27) L. 1 § 21 D. 36, 1. Cf. L. 1 § 17 L. 3 eod.— Подробности объ этомъ вопросѣ у *Vangerow* II, § 559 *Windscheid* § 667.
28) L. 4 L. 28 (27) § 2 L. 57 (55) § 3 D. 36, 1. § 7 J. 2, 23.
29) L. 1 § 9 L. 17 (16) § 4. 5. 8. 9 L. 28 (27) § 14 L. 29 (28) pr. § 1 L. 55 (53) § 3 D. 36, 1.
30) L. 4 D. 36, 1. Cp. L. 17 (16) § 4 D. eod.
31) L. 65 (63) § 11 D. 36, 1.
1) § 1 J. 2, 7. L. 35 § 2 D. 39, 6.
2) L. 32 L. 26 D. 39, 6. *Dernburg* III, § 117 пр. 4.

условно; тогда собственность немедленно переходитъ на одаряемаго, немедленно возникаетъ стипуляціонное обязательство, немедленно уничтожается право, отъ котораго отказывается даритель въ пользу одаряемаго. Но окончательно цѣль даренія достигается лишь тогда, когда даритель умретъ раньше одаряемаго. Въ противномъ случаѣ даритель можетъ предъявить къ наслѣдникамъ одареннаго *condictio sine causa* и можетъ требовать возврата обогащенія, полученнаго отъ даренія, ибо его цѣль—causa—не достигнута [3]).

Всѣ эти сдѣлки могутъ быть, далѣе, заключены подъ *резолютивнымъ условіемъ*. Въ такомъ случаѣ собственность немедленно переходитъ на одаряемаго, стипуляціонное обязательство возникаетъ и т. д.; но, если одаряемый умретъ раньше дарителя, то сдѣлки эти *теряютъ силу*; даритель вновь дѣлается собственникомъ и можетъ виндицировать вещь, его стипуляціонное обязательство уничтожается, отказъ отъ права считается недѣйствительнымъ [4]).

Наконецъ, всѣ эти сдѣлки могутъ быть заключены *подъ суспензивнымъ условіемъ* [5]); тогда одаренный пріобрѣтаетъ право собственности, дѣлается кредиторомъ по обязательству и т. д. лишь въ томъ случаѣ, если даритель умретъ раньше него. Если же одаряемый умретъ раньше, то переносъ собственности, установленіе обязательства, отказъ отъ права не производятъ своего эффекта.

Такимъ образомъ, дареніе на случай смерти дѣлается окончательнымъ только со смертью дарителя раньше одареннаго. Обыкновенно даритель сохраняетъ за собою право до этого момента *свободно отмѣнять* сдѣланное дареніе [6]); однако, онъ можетъ также отказаться отъ этого права [7]).

Заключеніе дареній на случай смерти происходитъ въ той же формѣ, какъ и заключеніе всѣхъ остальныхъ дареній, т.-е. для дареній свыше 500 солидовъ требуется *занесеніе въ судебный протоколъ* (*insinuatio apud acta*; см. Общ. ч. § 44); впрочемъ, Юстиніанъ разрѣшилъ замѣнять эту инсинуацію изъявленіемъ воли подарить *передъ 5-ю свидѣтелями* [8]) (очевидно, это распоряженіе сдѣлано подъ вліяніемъ соображеній о формѣ, установленной для codicilli; см. выше § 28, II, 2). Какъ и при всякомъ дареніи, необходимо *принятіе* со стороны одаряемаго: дареніе на случай смерти есть *договоръ*, а не односторонній актъ (въ отличіе отъ легата и institutio heredis [9]).

Мы сказали, что всякая donatio mortis causa совершается на случай, что *одаренный переживетъ дарителя*. Въ этомъ отношеніи надо различать два рода этихъ дареній.

1) Donatio mortis causa можетъ быть совершена на случай смерти дарителя *отъ извѣстной, непосредственно угрожающей дарителю опасности* (напр., передъ отправленіемъ дарителя на войну, въ морское путешествіе [10]). Въ такомъ случаѣ дареніе теряетъ силу, если даритель переживетъ именно эту опасность.

---

3) L. 18 § 1 L. 37 § 1 L. 35 § 3 D. 39, 6.
4) L. 37 § 1 L. 29. 30 D. 39, 6. Ср. L. 26 § 1. C. 6, 37. *Girard*, стр. 945 пр. 2.
5) L. 2 i. f. D. 39, 6. L. 29 eod. L. 15 i. f. D. 40, 1. L. 14 D. 39, 6.
6) L. 16. 27. 30 D. 39, 6. *Dernburg* III, § 117 пр. 8.
7) L. 13 § 1 L. 35 § 4 D. 39, 6. Nov. 87 пр. с. 1.
8) L. 4 C. 8, 56 (57). *Dernburg* III § 117 пр. 9. *Windscheid* § 676 пр. 3.
9) *Windscheid* § 676 пр. 14.
10) § 1 J. 2, 7. L. 2—6 D. 39, 6. L. 8 § 1 L. 35 § 4 D. eod. Здѣсь чаще всего имѣетъ мѣсто суспенсивное условіе.

2) Дареніе можетъ быть сдѣлано на случай смерти дарителя раньше одаряемаго, *по какой бы причинѣ и когда бы эта смерть ни послѣдовала* [11].

III. Къ donationes mortis causa *были примѣнены многія правила, установленныя для легатовъ* [12]. Такъ, на нихъ распространены были постановленія о необходимомъ наслѣдованіи [13], о quarta Falcidia [14], о capacitas [15] и объ indignitas [16]; ихъ сила зависѣла отъ того, было ли наслѣдство состоятельно, т.-е. donationes mortis causa могли быть реализованы лишь по уплатѣ долговъ наслѣдства [17]. Юстиніанъ распространилъ на mortis causa donationes установленное для легатаріевъ jus accrescendi [18] и право на cautio Muciana [19].

Тѣмъ не менѣе существуютъ и важныя *различія* между mortis causa donationes и легатами. Donatio mortis causa остается сдѣлкою *inter vivos*; для ея заключенія завѣщатель долженъ имѣть *обычную правоспособность и дѣеспособность* къ совершенію дареній, а не спеціальную testamenti factio (это, впрочемъ, оспаривается нѣкоторыми изслѣдователями) [20]. Даритель *еще при жизни переноситъ на одаряемаго извѣстное право или надежду на его пріобрѣтеніе* (при наличности суспензивнаго условія). Наконецъ, при дареніи mortis causa *нѣтъ обремененнаго дареніемъ лица* (*oneratus*): оно дѣлается самимъ дарителемъ еще при жизни и ни на кого не возлагается; поэтому сила этого даренія не зависитъ отъ принятія наслѣдства наслѣдникомъ, тогда какъ сила легатовъ стоитъ въ зависимости отъ пріобрѣтенія наслѣдства какимъ-либо универсальнымъ преемникомъ (наслѣдникомъ, фискомъ — относительно bona vacantia).



---

[11] L. 2 L. 31 § 2 L. 35 § 4 D. 39, 6.

[12] См. L. 37 pr. D. 39, 6. L. 4 C. 8, 56. § 1 J. 2, 7. Nov. 87 pr. *Dernburg* III, § 118 пр. 8. *Windscheid* § 676 пр. 13.

[13] L. 1 § 1 D. 38, 5 L. 3 pr. L. 5 § 7 L. 20 pr. D. 37, 5. L. 18 § 1 D. 37, 4. *Dernburg* III, § 118 пр. 3. *Windscheid* § 676 пр. 5.

[14] L. 2 § 2 C. 8, 56 (57).

[15] L. 35 pr. D. 39, 6.

[16] *Windscheid* § 676 pr. 12. *Баронъ* § 459 пр. 22—23.

[17] L. 17 D. 39, 6. L 66 § 1 D. 35, 2.

[18] L. 1 § 14 C. 6, 51.

[19] Nov. 22 c. 44. § 9.

[20] L. 25 § 1 D. 39, 6. *Dernburg* III § 118 пр. 9. *Arndts* § 590. Ср. *Windscheid* § 676 пр. 1. *Баронъ* § 454 пр. 20—21.

